النهاية في شرح الهداية

للشيخ الإمام العلامة المحقق النبيل الفهامة
حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي
المتوفى سنة ٧١٤ هجرية رحمه الله تعالى

تطبع كاملة للمرة الأولى في العالم
محققة ومنقحة عن ثماني عشرة (١٨) نسخة خطية

قدم لها وحقق نصوصها وعلق عليها
الحافظ المولوي محمد أحمد الحقاني الأفغاني
ابن العلامة الكبير شيخ الحديث والتفسير الحاج مولانا عبد القادر النهركاريزي
غفر الله لهما ولوالديهما وأحسن إليهم

الجزء الثامن

المحتوى:

تابع كتاب الشهادات - الوكالة - الدعوى -
الإقرار - الصلح - المضاربة

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah

الكتاب: النهاية في شرح الهداية

Title: AN-NIHĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه حنفي - شروح

Classification: Hanafit jurisprudence - Explanations

المؤلف: العلّامة حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي (ت ٧١٤ هـ)

Author: Al-Allama Housamuddin Houssein ben Ali ben Hajjaj Al-Sighnaqi (D. 714 H.)

المحقق: الحافظ المولوي محمّد أحمد الحقاني الأفغاني

Editor: Al-Hafiz Al-Mawlawi Mohammed Ahmad Al-Hakkani Al-Afghani

الناشر: دار الكتب العلميـة - بيـروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages: (11Parts/11Vols.)	6840	عدد الصفحات: (١١جزء/١١مجلد)
Size:	17 x 24 cm	قياس الصفحات:
Year:	2023 A.D. - 1445 H.	سنة الطباعة:
Printed in: Lebanon		بلد الطباعة: لبنان
Edition: 1st (2 Colors)		الطبعة: الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN: 978-2-7451-9445-9

بسم الله الرحمن الرحيم

(فَصْلٌ فِي الشَّـهَادَةِ عَلَى الإِرْثِ)

(وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى دَارٍ أَنَّهَا كَانَتْ لِأَبِيهِ أَعَارَهَا أَوْ أَوْدَعَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَلا يُكَلَّفُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ) وَأَصْلُهُ أَنَّهُ مَتَى ثَبَتَ مِلْكُ المُورَثِ لَا يَقْضِي بِهِ لِلْوَارِثِ حَتَّى يَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

فصل في الشهادة على الإرث

لمَّا فرغ من بيان أحكام شهادة تتعلق بالأحياء، شرع في هذا الفصل في بيان أحكام تتعلق بالأموات؛ إذ الموت بعد الحياة وجودًا، فكذا حكمه ذكرًا.

قوله: وَلا يُكَلَّفُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ، هذا بالإجماع لكن على اختلاف التخريج، فعند أبي يوسف رحمه الله بسبب أنه لا يقول في الميراث باشتراط الجر والانتقال من المورث إلى الوارث في قبول البينة، وأمَّا أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانا يشترطان ذكر الجر والانتقال إلى الوارث في الشهادة ولم يشترطا ذلك هنا؛ لأنَّ المدعي أثبت لمورثه يدًا في المدعى بما أقام من البينة؛ لأنَّ يد المودع والمستعير يد المودع والمعير، فصار كأنه أقام البينة أن أباه مات والدار في يده، ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة، فكذا هنا، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَأَصْلُهُ أَنَّهُ مَتَى ثَبَتَ مِلْكُ المُورَثِ، أي: مطلقًا من غير أن يثبت أنه كان ملكًا له وقت الموت.

هُوَ يَقُولُ: إنَّ مِلْكَ الوَارِثِ مِلْكُ المُورَثِ فَصَارَتِ الشَّهَادَةُ بِالمِلْكِ لِلْمُورَثِ شَهَادَةٌ بِهِ لِلْوَارِثِ، وَهُمَا يَقُولانِ: إنَّ مِلْكَ الوَارِثِ مُتَجَدِّدٌ فِي حَقِّ العَيْنِ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ الإِسْتِبْرَاءُ فِي الجَارِيَةِ المَوْرُوثَةِ، وَيَحِلُّ لِلْوَارِثِ الغَنِيِّ مَا كَانَ صَدَقَةً عَلَى المُورَثِ

قوله: إنَّ مِلْكَ الوَارِثِ مِلْكُ المُورَثِ، لكون الوراثة خلافة، ولهذا يرد بالعيب، ويُرد عليه بالعيب، ويصير مغرورًا فيما كان المورث مغرورًا فيه.

قوله: وَهُمَا يَقُولانِ: إنَّ مِلْكَ الوَارِثِ مُتَجَدِّدٌ فِي حَقِّ العَيْنِ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ الإِسْتِبْرَاءُ فِي الجَارِيَةِ المَوْرُوثَةِ، فإن قلتَ: ما جوابهما عن بينة قامت للمدعي بأن هذا العين كان ملكـًا لهذا المدعي، فإنه يقضي للمدعي وإن لم يشهدوا أنه للمدعي في الحال، وكذلك في مسألة هي أشبه لمسألتنا هذه وهي: أن من ادعى عينًا في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب، وأقام البينة على الشراء، ولم تقم البينة على ملك البائع، وأنكر ذو اليد ملك البائع، فإنه يحتاج إلى إقامة البينة أن الملك لبائعه، فإذا أقام البينة على ذلك حتى شهد الشهود أنه كان للبائع يقضي للمشتري، وإن لم ينصبوا على أنه كان ملكـًا للبائع يوم البيع لثبوته اقتضاءً، فيجب أن يكون الحكم هنا كذلك؛ لما أن كل واحد من الإرث والشراء سبب للملك.

قلتُ: إنَّهما يجيبان عن هذا ويقولان: إن كون هذا العين ملكـًا للميت يوم الموت ثابت باستصحاب الحال دون البينة، والثابت باستصحاب الحال حجة لإبقاء ما هو ثابت، لا لإثبات ما هو غير ثابت، كالملك الثابت بظاهر اليد يصلح لإبقاء ما هو ثابت، لا لإثبات ما هو غير ثابت، وهو الأخذ بالشفعة إذا أنكر المشتري ملكه، فكذا هاهنا مالكيَّة الوارث لم تكن ثابتة وإنَّما تثبت للحال، فكان ملكـًا متجددًا من وجه حتى يحل لو كانت صدقة، ويجب الاستبراء على الوارث إن كانت جارية، فبأحد الاعتبارين إن وجب القضاء بهذه البينة فبالاعتبار الآخر لا يجب فلا يجب بالشك، بخلاف ما لو شهدوا أنَّها كانت للمدعي وهو حي، إذ ليس في القضاء بتلك الشهادة إثبات أمر لم يكن؛ لأنَّ ملك المدعي إذا ثبت في الماضي يبقى إلى وقت آخر، واستصحاب الحال حجة فيه، أمَّا هاهنا فباستصحاب الحال لا يصلح لإثبات المالكية للوارث؛ لأنَّها لم تكن ثابتة من الوجه الذي قلنا.

الفَقِيرِ فَلَا بُدَّ مِنَ النَّقْلِ، إِلَّا أَنَّهُ يَكْتَفِي بِالشَّهَادَةِ عَلَى قِيَامِ مِلْكِ المُورَثِ وَقْتَ

وبخلاف مسألة الشراء؛ لأنَّ ملك المشتري مضاف إلى الشراء الثابت بالبينة، لا إلى بقاء ملك البائع في المبيع، وإن كان لا بدَّ لإثبات ملك المشتري من بقاء ملك البائع؛ لأنَّ الشراء آخرهما وجودًا، وأنه سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق من غير إيجاب الملك فيكون مضافـًا إلى الشراء، وأنه ثابت بالبينة، وأمَّا هاهنا ثبوت الملك للوارث مضافـًا إلى كون المال ملكـًا للميت وقت الموت، لا إلى الموت الثابت معاينةً؛ لأنَّ الموت ليس بسبب موضوع للملك، بل هو موضوع لإبطال الحياة لا لإيجاب الملك، فكم من موت ليس فيه إيجاب الملك لأحد، وعن هذا وقع الفرق في اليمين بين التعليق بالشراء وبين التعليق بالموت، حتى لو قال لأمة: إن اشتريتُك فأنت حرة، صح اليمين، ولو قال: إن مات مولاك فأنت حرةٌ والحالف وارثه، لا يصح اليمين، وبقاء ملك الميت إلى يوم الموت فيما نحن فيه ثابت باستصحاب الحال، وأنه لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا إن صلح لإثبات ما كان ثابتًا، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصَّغير».

قوله: فَلَا بُدَّ مِنَ النَّقْلِ، أي: لا بدَّ أن تقول الشهود: إنه مات وتركها ميراثًا له، وهو تفسير الجر في الشهادة في المواريث.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَكْتَفِي بِالشَّهَادَةِ، هذا استثناء عمَّا يتصل به وهو **قوله: فَلَا بُدَّ مِنَ النَّقْلِ**، يعني: أن عندهما لا بدَّ من النقل والجر، حتى لو شهد الشهود أنَّها كانت لأبيه ولم يجروا الميراث إلى المدعي ولم يقولوا: إن أباه مات وتركها ميراثًا له ولا نعلم له وارثـًا غيره، لا يقبل القاضي شهادتهم، إلا أن الشهادة عَلَى قِيَامِ مِلْكِ المُورَثِ وَقْتَ المَوْتِ على الدار، أو على قيام يد المورث على الدار وقت الموت قائمة مقام قولهم: إنَّها كانت لأبيه وتركها ميراثًا له.

والدليل على هذا أيضًا ما ذكره في «الذخيرة»، و«المغني»: وإذا ادَّعى دارًا في يد إنسان أنَّها له ورثها عن أبيه، وجاء بشهود شهدوا أنَّها كانت لأبيه إلى أن مات وتركها ميراثًا له لا نعلم له وارثـًا غيره، فالقاضي يقبل هذه الشهادة ويقضي بالدار للمدعي، وهذا ظاهر، وكذلك إذا شهدوا أن أباه مات وترك هذه الدار ميراثًا له، وكذلك إذا شهدوا أنَّها كانت لأبيه يوم

المَوْتِ لِثُبُوتِ الِانْتِقَالِ ضَرُورَةً،

الموت، فالقاضي يقبل هذه الشهادة ويقضي بالدار للمدعي، وإن لم يشهدوا أنه تركها ميراثـًا له، وكذلك إذا شهدوا أنَّها كانت في يد أبيه إلى أن مات، أو شهدوا أنَّها كانت في يد أبيه يوم الموت، فالقاضي يقبل هذه الشهادة ويقضي بالدار للمدعي؛ لأنَّ الشهادة باليد يوم الموت شهادة بالملك له يوم الموت؛ لأنَّ اليد المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت؛ لأنَّ الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوّي أسبابه ويبين ما كان عنده من الودائع، أو المغصوب، فإذا لم يبين فالظاهر أن ما في يده ملكه، فجعلنا اليد عند الموت يد ملك من هذا الوجه.

وروى الحسن بن زياد، وعلي بن يزيد الطبري صاحب محمد بن الحسن رحمهم الله: أنه لا تقبل الشهادة بهذه الصورة؛ لأنَّهم شهدوا بيد عَرف القاضي زوالها، ولم يشهدوا بالملك للمورث، ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح؛ لما ذكرنا أنَّ الأيدي المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك، فكانت هذه شهادة بالملك من حيث المعنى، ولو شهدوا أنَّها كانت لأبيه ولم يجروا الميراث إلى المدعي، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولًا، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله عن هذا القول وقال: تقبل هذه الشهادة ويقضى بالدار للمدعي.

ولو شهدوا أنَّها لأبيه لا تقبل الشهادة، ذكر محمد رحمه الله المسألة في كتاب الدعوى من غير ذكر خلاف، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا تقبل هذه الشهادة على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تقبل؛ لأنَّهم شهدوا بالملك للميت، والثابت للوارث غير ما كان ثابتًا للمورث، فأبو يوسف رحمه الله اعتبر جانب الملك ولا استحالة في جانب الملك، وهما اعتبرا جانب المالكيَّة فقالا: أثبتنا المالكية للميت في الحال فكانت هذه شهادة بالمستحيل، ومنهم من قال: لا تقبل هذه الشهادة بلا خلاف.

ثم اعلم أن الشاهدين إذا شهدا بأن هذا المدعي ابن الميت ووارثه لا نعلم له وارثًا آخر، صار المشهود له معلومًا للقاضي فيقضي بشهادتهما، فقد شرط مع بيان السبب أن يقولا: وهو وارثه لا نعلم له وارثًا سواه، ولا شك أن قولهما: ووارثه شرط، فيمن يحتمل الحجب والسقوط بحال، فأمَّا فيمن لا يحتمل الحجب والسقوط بحال نحو الأب، والأم،

وَكَذَا عَلَى قِيَامِ يَدِهِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ، وَقَدْ وُجِدَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى اليَدِ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ لِأَنَّ يَدَ المُسْتَعِيرِ وَالمُودَعِ وَالمُسْتَأْجِرِ قَائِمَةٌ مَقَامَ يَدِهِ فَأَغْنَى ذَلِكَ عَنِ الجَرِّ وَالنَّقْلِ (وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ فُلَانٍ مَاتَ وَهِيَ فِي يَدِهِ جَازَتِ الشَّهَادَةُ)؛ لِأَنَّ الأَيْدِي

والابن، والبنت، هل هو شرط؟ فقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه لا يشترط.

وأمَّا قول الشاهدين: لا نعلم له وارثـًا آخر، ليس من صلب الشهادة، وإنما هو لإسقاط مؤنة التلوم عن القاضي، فإن بدونه القاضي يتلوم زمانـًا.

قوله: وَكَذَا عَلَى قِيَامِ يَدِهِ، أي: يكتفي بالشهادة على قيام يده.

وقوله: عَلَى مَا نَذْكُرُهُ، إشارة إلى ما ذكر بعده **بقوله:** لِأَنَّ الأَيْدِي عِنْدَ المَوْتِ تَنْقَلِبُ يَدَ مِلْكٍ بِوَاسِطَةِ الضَّمَانِ وَالأَمَانَةُ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِالتَّجْهِيلِ، بأن يموت المودع من غير بيان الوديعة بأنَّها وديعة لفلان؛ وذلك لأنَّه لمَّا مات بدون البيان فقد ترك الحفظ، والمودَع إذا ترك حفظ الوديعة كان متعديًا والتعدي موجب للضمان، ثم لمَّا صار المودع ضامنًا صار المضمون ملكـًا له، فثبتَ أن الشهادة على اليد عند الموت شهادة على الملك عند الموت، والملك الثابت عند الموت ينتقل إلى الوارث ضرورةً، فلذلك استغنى عن ذكر الجر في الشهادة، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان وغيره.

فإن قلتَ: يشكل على قوله هذا وهو: أَنَّ الأَيْدِي عِنْدَ المَوْتِ تَنْقَلِبُ يَدَ مِلْكٍ، مسائل، وهي أنهم لو شهدوا أن أباه دخل في هذه الدار وماتَ فيها، أو شهدوا أنه كان فيها حتى مات، أو شهدوا أنه مات فيها، أو شهدوا أنه مات وهو قاعد على هذا البساط، أو نائم على هذا الفراش، أو شهدوا أنه ماتَ وهذا الثوب موضوع على رأسه، لا تقبل هذه الشهادة حتى لا يستحق الوارث شيئـًا من هذه الأشياء كلها، وإن كانت هذه الأشياء في يد مورثه وقت الموت.

قلتُ: خرج الجواب عن هذه المسائل كلها بما ذكره **بقوله:** بِوَاسِطَةِ الضَّمَانِ، وهذه الأشياء ليست بموجبة للضمان وإن كانت في يده في حالة الموت.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله بعد ذكر هذه المسائل: لم يستحق المدعي بهذا

عِنْدَ المَوْتِ تَنْقَلِبُ يَدَ مِلْكٍ بِوَاسِطَةِ الضَّمَانِ وَالأَمَانَةُ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِالتَّجْهِيلِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى قِيَامِ مِلْكِهِ وَقْتَ المَوْتِ.

(وَإِنْ قَالُوا لِرَجُلٍ حَيٍّ نَشْهَدُ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ المُدَّعِي مُنْذُ شَهْرٍ لَمْ تُقْبَلْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ – رَحِمَهُ اللهُ – أَنَّهَا تُقْبَلُ لِأَنَّ اليَدَ مَقْصُودَةٌ كَالمِلْكِ؛ وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ

شيئًا؛ لأنَّ اليد على المحل لا تثبت بهذه الأشياء، بدليل أنه لا يصير غاصبًا بهذه الأشياء فصار بمنزلة الشهادة، ولا يصير ذو اليد مقرًّا له فكذا في الشهادة، بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس؛ لأنَّ اليد تثبت بهذه الأشياء بدليل أنه يصير غاصبًا بهذه الأشياء.

قوله: فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى قِيَامِ مِلْكِهِ – أي: فصار قول الشهود بأنَّها كانت في يده وقت الموت بمنزلة الشهادة بأنَّها كانت ملكه – وَقْتَ المَوْتِ.

قوله: وَإِنْ قَالُوا لِرَجُلٍ حَيٍّ نَشْهَدُ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ المُدَّعِي مُنْذُ شَهْرٍ لَمْ تُقْبَلْ، يعني: إذا كانت الدار في يد رجل فادَّعاها رجل آخر وليست الدار في يده أنَّها له فشهد الشهود على هذا الطريق.

قيَّد بقوله: حَيٍّ؛ لأنَّهم لو شهدوا للميت بأنَّها كانت في يده وقت موته تقبل الشهادة بالإجماع وتكون الدار لوارثه، وقد ذكرناه، وقيَّد بقوله: أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ المُدَّعِي؛ لأنَّهم لو شهدوا أنَّها كانت له تقبل بالاتفاق، كذا في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان رحمه الله.

وأمَّا قوله: مُنْذُ شَهْرٍ، فوجوده كعدمه؛ فإن هذا الخلاف ثابت فيما إذا لم يذكره، فإنه ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: شهدوا لحيٍّ أنَّ العين كانت في يده لم تقبل؛ لأنَّ اليد محتملة يد غصبٍ، أو يد ملكٍ، فإن كانت يد غصبٍ عن ذي اليد لا تجب إعادته، وإن كانت يد ملك يجب فلا يجب بالشك.

وعن أبي يوسف رحمه الله: تقبل؛ لأنَّ اليد حق مقصودٌ كالملك، فالملك متى ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل، فكذا في اليد.

مِلْكَهُ تُقْبَلُ فَكَذَا هَذَا صَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِالأَخْذِ مِنَ المُدَّعِي. وَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ قَامَتْ بِمَجْهُولٍ لِأَنَّ اليَدَ مُنْقَضِيَةٌ وَهِيَ مُتَنَوِّعَةٌ إِلَى مِلْكٍ وَأَمَانَةٍ وَضَمَانٍ فَتَعَذَّرَ القَضَاءُ بِإِعَادَةِ المَجْهُولِ، بِخِلَافِ المِلْكِ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ غَيْرُ مُخْتَلِفٍ، وَبِخِلَافِ الآخِذِ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ وَحُكْمُهُ مَعْلُومٌ وَهُوَ وُجُوبُ الرَّدِّ، وَلِأَنَّ يَدَ ذِي اليَدِ مُعَايِنٌ وَيَدُ المُدَّعِي مَشْهُودٌ بِهِ، وَلَيْسَ الخَبَرُ كَالمُعَايَنَةِ.

قوله: صَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِالأَخْذِ مِنَ المُدَّعِي، يعني: أن الشاهدين إذا شهدا بأن الدار كانت في يد المدعي وأخذها المدَّعى عليه الذي هو صاحب اليد تقبل شهادتهما، وترد الدار إلى المدعي، وكذلك إذا أقرَّ المدعى عليه بأنَّها كانت في يد المدعي، على ما ذكر في الكتاب.

قوله: لِأَنَّ اليَدَ مُنْقَضِيَةٌ، أي: يد المدعي زائلة وليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر.

قوله: وَهِيَ مُتَنَوِّعَةٌ إِلَى مِلْكٍ وَأَمَانَةٍ وَضَمَانٍ، بأن كانت يد غصب، فلمَّا تنوعت اليد إلى هذه الأوجه الثلاثة لم يجب الرد؛ لأنَّه لو وجب الرد من وجه لم يجب من وجهين، فلا يجب بالشك.

قوله: وَبِخِلَافِ الآخِذِ؛ فإن الأخذ موجب للرد شرعًا.

قوله: وَلِأَنَّ يَدَ ذِي اليَدِ مُعَايِنٌ وَيَدُ المُدَّعِي مَشْهُودٌ بِهِ، والمعاين راجح؛ لأنَّ المعاينة توجب العلم، والشهادة توجب عليه الظنَّ، فما كان يوجب العلم أَوْلَى.

فإن قلتَ: هذا الذي عملته وهو ترجيح جانب المعاينة على جانب الشهادة، عمل على خلاف العمل في سائر المواضع؛ فإن في سائر المواضع أينما كان العملُ بالبينات أكثر إثباتـًا كان تلك البينة أَوْلَى بالعمل، حتى قلنا برجحان بينة الخارج على بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق؛ لكون بينة الخارج أكثر إثباتـًا وهو الملك واليد، فلمَّا ترجحت هناك بينة الخارج على البينة واليد - أعني: بينة ذي اليد ويده - فلأن تترجح بينة الخارج هنا

(وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ المُدَّعَى عَلَيْهِ دُفِعَتْ إِلَى المُدَّعِي) لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِي المُقَرِّ بِهِ لا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ المُدَّعِي دُفِعَتْ إِلَيْهِ) لِأَنَّ المَشْهُودَ بِهِ هَاهُنَا الإِقْرَارُ وَهُوَ مَعْلُومٌ.

على اليد المجردة أَوْلَى.

قلتُ: ذاك مسلَّم فيما لا يتنوّع ما أثبتته البينة، والملك المطلق لا يتنوع إلى أمانة وضمان، وعدم وجوب الرد هنا إلى المدعي باعتبار احتمال اليد هذين النوعين، ولكن باعتبار احتمال يد الملك موجب للرد، فلمَّا تعارضت الأيدي على هذه الأوجه أوجب الشك في الرد فلم يرد، وأمَّا في دعوى الملك المطلق خلص ما يوجب الرد وهو الملك عن التنوع، فعُمل بما هو موضوع البينات، وهو أن ما كان منهما أكثر إثباتًا فهو أَوْلَى.

قوله: وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ المُدَّعَى عَلَيْهِ، يعني: قال المدعى عليه: إن هذه الدار كانت في يد المدعي هذا.

قوله: لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِي المُقَرِّ بِهِ لا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ، بل يجب عليه بيان ما أقرَّ به، حتى لو قال: لفلان عليَّ شيء يصح ويجب عليه البيان، وكذا لو شهد الشاهدان: أن المدعى عليه أَقَرَّ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ المُدَّعِي تقبل شهادتهما.

قوله: لِأَنَّ المَشْهُودَ بِهِ هَاهُنَا الإِقْرَارُ وَهُوَ مَعْلُومٌ، وإنَّما الجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء، كما لو ادَّعى عشرة دراهم فشهدوا على أقرار المدعى عليه أن له عليه شيئًا جازت الشهادة ويُؤمر بالبيان، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله، والله تعالى أعلم بالصواب.

(بَابُ الشَّـهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ)

قَالَ: (الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ حَقٍّ لا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ لِشِدَّةِ الحَاجَةِ إِلَيْهَا، إِذْ شَاهِدُ الأَصْلِ قَدْ يَعْجِزُ عَنْ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ لِبَعْضِ العَوَارِضِ،

باب الشهادة على الشهادة

لمَّا فرغ من بيان أحكام شهادة الأصول، شرع في بيان أحكام شهادة الفروع، وذكر على هذا الترتيب؛ لأنَّ الفرع مستدع تقدم للأصل.

قوله: الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ، وهذا استحسان، والقياس أن لا تجوز؛ لأنَّ الشهادة عبادة بدنية لزمت شهادة الأصل وليست بحق للمشهود له؛ بدليل أنه لا تجوز الخصومة فيها، والإجبار عليها، والنيابة لا تجري في العبادة البدنية، إلا أنَّهم تركوا القياس وعملوا بالاستحسان.

وفي «فتاوى قاضي خان»: الشهادة على الشهادة جائزة في الأقارير، والحقوق، وأقضية القضاة وكتبهم، وكل شيء إلا في الحدود والقصاص.

وفي «المغني»: الأصل أن كل ما يثبت بشهادة النساء مع الرجال يثبت بالشهادة على الشهادة؛ لأن الشهادة على الشهادة نظير شهادة النِّساء مع الرجال؛ لأن الممكن في الشهادة على الشهادة تهمتان: تهمة الكذب في الأصول، وتهمة الكذب في الفروع، والمتمكّن في شهادة النساء مع الرجال تهمتان أيضًا: تهمة الكذب بسبب عدم العصمة، وتهمة الضلال والنسيان، فكانتا نظيرتين، إلا أن الشهادة على الشهادة إنما تقبل حالة العجز عن الأصول، وشهادة النساء مع الرجال تقبل مع القدرة على شهادة الرجال؛ لأنَّ شهادة الفروع بدلٌ من كل وجه؛

فَلَوْ لَمْ تَجُزِ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ أَدَّى إِلَى إِتْوَاءِ الحُقُوقِ، وَلِهَذَا جَوَّزْنَا الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ وَإِنْ كَثُرَتْ، إِلَّا أَنَّ فِيهَا شُبْهَةً مِنْ حَيْثُ البَدَلِيَّةِ،

لأنَّ الفرع لم يعاين سبب الحق إنما عاينه الأصل، فأمَّا شهادة النساء نظيرة شهادة الرجال من حيث معاينة سبب الحق، وإنما البدلية من حيث الصورة، فلهذا افترقا.

قوله: إِلَّا أَنَّ فِيهَا شُبْهَةً مِنْ حَيْثُ البَدَلِيَّةِ، فإن قلتَ: لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بين الأصل والفرع في الشهادة؛ لأنَّه لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل، ولهذا لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم، ولا بين غسل الرجل ومسح الخف، وهاهنا يجوز الجمع بين الشاهد الأصلي والشاهد الفرعي على ما يجيء من رواية «الأسرار».

وكذلك ذكر في «الخلاصة»: ولو شهد أحد الشاهدين على شهادة نفسه وشهد الآخر على شهادة رجل آخر تقبل، وهكذا أيضًا في «فوائد» مولانا حميد الدين الضرير رحمه الله، وإنما لا يجوز هاهنا إذا شهد أحد الشاهدين على شهادة نفسه، وهو أيضًا شهد مع آخر على شهادة أصل آخر للتنافي في حقه؛ لأنَّ معنى الأصالة تقتضي مشاهدة الحق، ومعنى الفرعية تقتضي عدم مشاهدة الحق، وهما يتنافيان مع أن القياس فيه الجواز أيضًا على ما يجيء.

قلتُ: بدلية شهادة الفروع بحسب المشهود به، لا بحسب شهادة الأصول؛ فإن الحاجة إلى علمنا بالحق المشهود به، وإنه متى شهد به الأصل لم يبق لنا شبهةٌ في شهادة الأصل؛ لأنَّه عيان، وإنما بقيت الشبهة في الحق من حيث أنهم غير معصومين عن الكذب، ولم يُعتبر هذا؛ لأنَّه لا يمكن الاحتراز عنه، وإذا جازت الشهادة على الشهادة تمكنت على شبهة الحق التي كانت في الأصل شبهة زائده تخلو عنها شهادة الأصل، فكانت هذه الشبهة الزائدة معتبرة فيما تسقط بالشبهات.

ثم هذه الشبهة في الشهادة على الشهادة إنما تمكنت باعتبار بدلية الفروع في حق المشهود به حيث لم يعاينوه؛ لأنَّ الفروع بدل من الأصول، ألا ترى أن الأصول تتم بالفروع، فلو كانت البدلية في أصل الحجة لما ظهرت مع الأصل، فعلمنا أن بطلان شهادة الفروع فيما يسقط بالشبهات على أصلنا لمعنى في شهادة الفروع، وهو ثبوت شهادتهم مع شبهة تمكن

أَوْ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهَا زِيَادَةَ احْتِمَالٍ، وَقَدْ أَمْكَنَ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ بِجِنْسِ الشُّهُودِ فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ. (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ عَلَى شَهَادَةِ

الاحتراز عنه، ولكن هم أصول في أنفسهم؛ لأنَّهم رجال كالأصول، وصارت شهادتهم من هذا الوجه كشهادة النساء فيها شبهة يمكن الاحتراز عنها بالرجال، فتبيَّن أنا جعلنا الفروع كالأصول فلم يضر الجمع بينهم، إلى هذا أشار في «الأسرار».

قوله: أَوْ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهَا زِيَادَةَ احْتِمَالٍ؛ لأنَّ الاحتمال في موضعين على ما ذكرنا.

قوله: فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ، وهذا عندنا، وأمَّا الشافعي رحمه الله فيجعل الشهادة على الشهادة حجة في حقوق العباد أجمع، العقوبات وغير العقوبات في ذلك سواءٌ؛ لأنَّه حجة أصلية فيما هو المشهود به وهو شهادة الأصول، فإثبات ذلك بشهادتهم في مجلس القضاء كثبوته بأدائهم لو حضروا بأنفسهم، بخلاف شهادة النساء مع الرجال، فشهادة النساء حجةٌ ضروريةٌ؛ لأنَّ النِّساء لا يحضرن محافل الرجال عادةً، فلا يجعل حجة إلا فيما تكثر فيه المعاملة؛ لأنَّ الضرورة تتحقق في ذلك.

وفي الحدود التي هي لله تعالى له قولان، وإنا نقول: الشهادة على الشهادة جائزة ما خلا القصاص والحدود، وذلك مرويٌّ عن إبراهيم رحمه الله؛ وهذا لأنَّ الشهادة على الشهادة فيها ضرب شبهة ينعدم ذلك بجنس الشهود، من حيث أن الخبر إذا تداولته الألسنة يتمكن فيها زيادة ونقصان، فهو بمنزلة شهادة الرجال مع النساء يكون حجة فيما ثبت مع الشبهات دون ما يندرئُ بالشبهات، بل أَوْلَى، فإن الشهادة على الشهادة خلف حقيقةً، حتى لا يصار إليها إلا عند العجز عن شهادة الأصول، وشهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف، قال الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وليس بخَلف حقيقةً حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القُدرة على استشهاد رجلين، عرفنا أنَّ ذلك أقوى من الشهادة على الشهادة، فإذا لم تكن شهادة النساء مع الرجال حجة في الحدود والقصاص، فالشهادة على الشهادة أَوْلَى، كذا في «المبسوط».

قوله: وَتَجُوزُ شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ عَلَى شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ، إلى آخره، اعلم أنه لا يجوز على شهادة

شَاهِدَيْنِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَجُوزُ إِلَّا الأَرْبَعُ عَلَى كُلِّ أَصْلٍ اثْنَانِ لِأَنَّ كُلَّ شَاهِدَيْنِ قَائِمَانِ مَقَامَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ فَصَارَا كَالمَرْأَتَيْنِ.

رجل أو امرأة أقل من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عندنا، وقال مالك رحمه الله: تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد؛ لأنَّ الفرعي قائم مقام الأصلي، معبر عنه بمنزلة رسوله في إيصال شهادته إلى مجلس القاضي، فكأنه حضر وشهد بنفسه، واعتبر هذا برواية الأخبار، فإن رواية الواحد عن الواحد مقبولة.

ومذهبنا مرويٌّ عن علي رضي الله عنه، والمعنى فيه أن شهادة الأصلي غائبة عن مجلس القاضي، فلا تثبت عنده إلا بشهادة شاهدين كإقرار المقر؛ وهذا لأنَّها شهادة مُلزمة فيما يجب على القاضي القضاء بشهادة الأصول، والعدد شرط في هذه الشهادة إذا كان ممكنًا، بخلاف رواية الأخبار.

وإن شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا، وقال الإمام الشافعي رحمه الله: لا يجوز، إلا أن يشهد رجلان على شهادة كل واحد منهما؛ لأنَّ الفرعيين يقومان مقام أصل واحد فلا تتم حجةُ القضاء بهما، كالمرأتين لمَّا قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما، والدليل عليه أن أحد الفرعين لو كان أصليًّا فشهد على شهادة نفسه، وعلى شهادة صاحبه مع غيره لا تتم الحجة بالاتفاق، فكذا إذا شهدا جميعًا على شهادة الأصليين.

وحجتنا في ذلك أنَّهما يشهدان جميعًا على شهادة كل واحد منهما، وكما يثبت قول الواحد في مجلس القاضي بشهادة شاهدين يثبت قول الجماعة كالإقرار؛ وهذا لأنَّ الفرعيين عددٌ تامٌّ لنصاب الشهادة، وهما يشهدان على شهادة الأصول، لا على شهادة الحق، فإذا شهدا على شهادة أحدهما تثبت شهادته في مجلس القضاء، كما لو حضر فشهد بنفسه، ثم إذا شهدا على شهادة الآخر تثبت شهادته أيضًا في مجلس القضاء؛ إذ لا فرق بين شهادتهما على شهادته وبين شهادة رجلين آخرين بذلك، بخلاف شهادة المرأتين فذلك ليس بنصاب تام للشهادة، ولكن كل امرأة بمنزلة شطر العلة، والمرأتان شاهدٌ واحدٌ وبالشاهد الواحد لا يتم نصاب الشهادة، وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه، ثم شهد على شهادة

وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: لا يَجُوزُ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، وَلِأَنَّ نَقْلَ شَهَادَةِ الأَصْلِ مِنَ الحُقُوقِ فَهُمَا شَهِدَا بِحَقٍّ ثُمَّ شَهِدَا بِحَقٍّ آخَرَ فَتُقْبَلُ.

(وَلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَى شَهَادَةِ وَاحِدٍ) لِمَا رَوَيْنَا، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ مِنَ الحُقُوقِ فَلَا بُدَّ مِنْ نِصَابِ الشَّهَادَةِ.

صاحبه مع غيره؛ لأنَّ الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع لمعنيين:

أحدهما: أن عنده علم المعاينة في هذه الحادثة، فلا يستفيد شيئًا بإشهاد الآخر إيَّاه على شهادته.

والثاني: أن شهادة الفرعي في حكم البدل، ولهذا لا يصار إليه إلا عند العجز عن حضور الأصلي لموته، أو مرضه، أو غيبته، والشخص الواحد في الشهادة لا يكون أصلًا وبدلًا في حادثة واحدة، يُوضحه: أن بشهادة الأصلي يثبت نصف الحق، فلو جوَّزنا مع ذلك شهادته على شهادة الآخر لكان فيه إثبات ثلاثة أرباع الحق بشهادة الواحد، وذلك لا يجوز، فأمَّا إذا شهدا جميعًا على شهادة الأصليين، فلا يثبت في الحاصل بشهادة كل واحد منهما إلا نصف الحق، وذلك جائز، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لا يَجُوزُ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، فوجه التمسك بهذا هو أن الأثر دلَّ على جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلقًا، من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان، ومن قال به كان تقييدًا للإطلاق بغير دليل وذلك لا يجوز.

فإن قيل: ينبغي أن لا تجوز شهادة الفرعين عن أصلين؛ لأنَّ الفرعين لمَّا شهدا على شهادة أصل واحد صارا بمنزلة أصل واحد، ثم لو شهدا أيضًا عن أصل آخر صار بمنزلة أحد الأصلين شهد عن نفسه وعن أصل آخر.

قلنا: الفرعيان نصابٌ تامٌّ في الشهادة؛ لأنَّه شهادة رجلين، أمَّا الأصل الواحد فهو فردٌ غير متعدد في نفسه، فلا يصلح أن يقوم مقام نفسه ومقام صاحبه لا تحقيقًا ولا تقديرًا.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، أي: من قول علي رضي الله عنه: «**لا يَجُوزُ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا**

(وَصِفَةُ الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ شَاهِدُ الأَصْلِ لِشَاهِدِ الفَرْعِ: اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا وَأَشْهَدَنِي عَلَى نَفْسِهِ) لِأَنَّ الفَرْعَ كَالنَّائِبِ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ وَالتَّوْكِيلِ عَلَى مَا مَرَّ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَشْهَدَ كَمَا يَشْهَدُ عِنْدَ القَاضِي لِيَنْقُلَهُ إِلَى مَجْلِسِ القَضَاءِ (وَإِنْ لَمْ يَقُلْ أَشْهَدَنِي عَلَى نَفْسِهِ جَازَ) لِأَنَّ مَنْ سَمِعَ إِقْرَارَ غَيْرِهِ حَلَّ لَهُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ اشْهَدْ (وَيَقُولُ شَاهِدُ الفَرْعِ عِنْدَ الأَدَاءِ أَشْهَدُ أَنَّ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ».

قوله: لِأَنَّ الفَرْعَ كَالنَّائِبِ عَنْهُ؛ لأنَّ للقاضي أن يقضي بشهادة أصل واحد وفرعين عن أصل آخر، ولو كان الفرعي نائبًا حقيقةً لما جاز الجمع بين الأصل والخلف، كما لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم، هكذا نقل من «فوائد مولانا حميد الدين الضرير» رحمه الله.

وقوله: عَلَى مَا مَرَّ، إشارة إلى أن فيها شبهة منه، إلى الذي ذكره قبل هذا بأوراق في فصل ما يتحمله الشاهد وهو قوله: وَإِنَّمَا تَصِيرُ مُوجِبَةً بِالنَّقْلِ إِلَى مَجْلِسِ القَضَاءِ فَلَا بُدَّ مِنَ الإِنَابَةِ وَالتَّحْمِيلِ.

قوله: وَلَا بُدَّ أَنْ يَشْهَدَ كَمَا يَشْهَدُ عِنْدَ القَاضِي، أي: ولا بد أن يشهد الأصل عند الفرع عند التحميل كما يشهد ذلك الأصل عند القاضي بلا تفاوت، بأن يقول: أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا، فاشهد أنت على شهادتِي، أو معناه: لا بدَّ أن يشهد الأصل عند الفرع عند التحميل كما يشهد الفرع عند القاضي.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَقُلْ أَشْهَدَنِي عَلَى نَفْسِهِ جَازَ، أي: وإن لم يقل الأصل عند الفرع: أشهدنِي المقرُّ أو المدعى عليه جاز.

قوله: لِأَنَّ مَنْ سَمِعَ إِقْرَارَ غَيْرِهِ حَلَّ لَهُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ اشْهَدْ، أي: وإن لم يقل المقر للشاهد الأصلي: اشهد على إقراري.

فُلانًا أَشْهَدَنِي عَلَى شَهَادَتِهِ أَنَّ فُلانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذَا وَقَالَ لِي اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ شَهَادَتِهِ، وَذِكْرِ شَهَادَةِ الأَصْلِ وَذِكْرِ التَّحْمِيلِ، وَلَهَا لَفْظٌ أَطْوَلُ مِنْ هَذَا وَأَقْصَرُ مِنْهُ، وَخَيْرُ الأُمُورِ أَوْسَطُهَا. (وَمَنْ قَالَ: أَشْهَدَنِي فُلانٌ عَلَى نَفْسِهِ لَمْ يَشْهَدِ السَّامِعُ عَلَى شَهَادَتِهِ حَتَّى يَقُولَ لَهُ اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي) لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ القَضَاءَ عِنْدَهُ بِشَهَادَةِ الفُرُوعِ

قوله: لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ شَهَادَتِهِ، أي: من شهادة الفرع.

قوله: وَلَهَا - أي: ولشهادة الأداء - لَفْظٌ أَطْوَلُ مِنْ هَذَا، وهو أن يقول الفرعي بين يدى القاضي: أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال، وأشهدنِي على شهادته فأمرنِي أن أشهد على شهادته، وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن، فيحتاج إلى ثمانِي شينات، وفيما ذكر في الكتاب خمس شينات، وما ذكره في الكتاب اختيار شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله.

وقوله: وَأَقْصَرُ مِنْهُ، وهو أن يقول الفرعي عند القاضي: أشهد على شهادة فلان بكذا جاز، وفيه شينان، ولا يحتاج إلى زيادة شيء، وهو اختيار الفقيه أبي الليث، واختيار أستاذه أبي جعفر رحمهما الله، وهكذا يحكى فتوى شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير».

وحُكي أن فقهاء زمن أبي جعفر كانوا يخالفون أبا جعفر في ذلك، وكانو يشترطون زيادة تطويل في أداء الفرعي، فأخرج الرواية من «السير» فانقادوا له، فلو اعتمد أحد على هذا كان في سعة من ذلك، وهو أسهل وأيسر، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

قوله: وَمَنْ قَالَ - أي: لو قال الأصل - أَشْهَدَنِي فُلانٌ عَلَى نَفْسِهِ، - أي: أشهدنِي المقرُّ على إقراره - لَمْ يَشْهَدِ السَّامِعُ عَلَى شَهَادَتِهِ - أي: لا يحل للسامع أن يشهد على شهادته - حَتَّى يَقُولَ لَهُ اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ،

وَالأُصُولِ جَمِيعًا حَتَّى اشْتَرَكُوا فِي الضَّمَانِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، وَكَذَا عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ نَقْلِ شَهَادَةِ الأُصُولِ لِيَصِيرَ حُجَّةً فَيَظْهَرَ تَحْمِيلُ مَا هُوَ حُجَّةٌ.

إلى آخره؛ وذلك لأنَّ الشاهد الفرعي لا علم له بالحق، لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد رحمه الله بطريق التوكيل، حتى لو رجع الأصول دون الفروع وجبَ الضمان على الأصول في قول محمد رحمه الله، ولو رجع الأصول والفروع جميعًا يخير المشهود عليه، إن شاء ضمَّن الأصول، وإن شاء ضمَّن الفروع، فلا يصير الوكيل وكيلًا عن الموكل إلا بأمره.

وعند أبي حنيفة رضي الله عنه وإن لم يكن الإشهاد توكيلًا، حتى لو أشهد إنسانًا على شهادته ثم منعه عن الأداء لا يصح منعه، وكان للشاهد الفرعي أن يشهد على شهادته، ولو رجع الأصول لا يجب الضمان عليهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إلا أن شهادة الأصول إنما تصير حجة بالنقل إلى مجلس القضاء، ولهذا تعتبر عدالة الأصول، فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجة إلا بأمره، فلا يشهد على شهادته إلا بإشهاده، كذا في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان رحمه الله.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: ومعنى اشتراكهم في الضمان أن المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمَّن الأصول وإن شاء ضمن الفروع، وليس معناه أنه يقضي بالنصف على الأصول وبالنصف على الفروع، بل هذا كالغاصب مع غاصب الغاصب، فللمغصوب منه أن يضمن أيّهما شاء.

ثم ذكر في «الذخيرة»: فإن ضمن الفروع فالفروع لا يرجعون على الأصول، كما في باب الغصب لو ضمَّن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على الغاصب الأول، وإن ضمن الأصول لا يرجعون على الفروع أيضًا، بخلاف ما لو ضمن المالك الغاصب الأول حيث يرجع به على غاصب الغاصب، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالوا: الأصول مسبِّبون للتلف من وجه، والفروع مباشرون للتلف من كل وجه، وقد عرف من أصلنا أن المباشر مع المسبِّب إذا اجتمعا وهما متعديان أن الضمان على المباشر.

قوله: فَيَظْهَرَ تَحْمِيلُ مَا هُوَ حُجَّةٌ، أي: يظهر بالنقل التحميل؛ لأنَّه لو لا التحميل لم يوجد

قَالَ: (وَلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ شُهُودِ الفَرْعِ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ شُهُودُ الأَصْلِ أَوْ يَغِيبُوا مَسِيرَةَ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا أَوْ يَمْرَضُوا مَرَضًا لا يَسْتَطِيعُونَ مَعَهُ حُضُورَ مَجْلِسِ الحَاكِمِ) لِأَنَّ جَوَازَهَا لِلْحَاجَةِ، وَإِنَّمَا تُمَسُّ عِنْدَ عَجْزِ الأَصْلِ وَبِهَذِهِ الأَشْيَاءِ يَتَحَقَّقُ العَجْزُ. وَإِنَّمَا اعْتَبَرْنَا السَّفَرَ لِأَنَّ المُعْجِزَ بُعْدُ المَسَافَةِ وَمُدَّةُ السَّفَرِ بَعِيدَةٌ حُكْمًا حَتَّى أُدِيرَ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنَ الأَحْكَامِ فَكَذَا سَبِيلُ هَذَا الحُكْمِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَوْ غَدَا لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَبِيتَ فِي أَهْلِهِ صَحَّ الإِشْهَادُ إِحْيَاءً

النقل، والنقل إلى مجلس القاضي حجة.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: فقولهم في هذا الموضع: لأنَّ الشهادة لا تكون حجة إلا في مجلس القاضي، فلا يحصل العلم للفرع بقيام الحق بمجرد شهادة الأصل، مزيفٌ؛ لأنَّ الفرع لا تسعه الشهادة على الشهادة، وإن كان الأصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه، فلا بدَّ من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالتحميل والتوكيل.

ووجه ذلك أن الأصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه، وهو أن الشهادة حق مستحقٌّ على الأصل تجب عليه إقامتها، ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممَّن له الحق، كما لو كان عليه دين، ومن عليه الدين إذا تبَرَّع إنسان بقضائه عنه يجوز وإن لم يكن بأمره، فباعتبار هذا لا يشترط الأمر لصحتها، غير أن فيها مضرَّة من حيث أنَّها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه، وإبطال ولايته بدون أمره مضرة في حقه، فباعتبار هذا يشترط الأمر، وصار هذا كمن له ولاية في إنكاح الصغيرة إذا نكحها أجنبيٌّ بغير أمره لا يجوز؛ لما فيه من إبطال الولاية عليه.

قوله: حَتَّى أُدِيرَ عَلَيْهَا - أي: على مدة السفر - **عِدَّةٌ مِنَ الأَحْكَامِ**، نحو قصر الصلاة، والفطر في الصوم، وامتداد مسح الخف إلى ثلاثة أيَّام، وعدم وجوب تكبيرات التشريق على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، والأضحية، والجمعة، وحرمة خروج المرأة من غير محرَم أو زوج.

لِحُقُوقِ النَّاسِ، قَالُوا: الأَوَّلُ أَحْسَنُ وَالثَّانِي أَرْفَقُ وَبِهِ أَخَذَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ.

قَالَ: (فَإِنْ عَدَّلَ شُهُودَ الأَصْلِ شُهُودُ الفَرْعِ جَازَ) لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ التَّزْكِيَةِ (وَكَذَا إِذَا

قوله: الأَوَّلُ - أي: تقدير ثلاثة أيَّام - أَحْسَنُ؛ لأنَّ العجز شرعـًا يتحقق بها كما في سائر الأحكام التي عددناها أثر فيها السفر، وكان القول به موافقًا لحكم الشرع فكان أحسن.

قوله: وَبِهِ، أي: وبالثانِي، وهو ما قاله أبو يوسف رحمه الله: أَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَوْ غَدَا لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَبِيتَ فِي أَهْلِهِ صَحَّ الإِشْهَادُ.

وذكر في «الذخيرة» بعد ذكر قول أبي يوسف رحمه الله: وكثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية، ثم قال: ورُوي عن محمد رحمه الله أن الشهادة على الشهادة تجوز كيف ما كان، حتى رُوي عنه: إذا كان الأصل في زاوية المسجد، فشهد الفرع على شهادته في زاوية أخرى في ذلك المسجد تقبل شهادتهم.

وذكر شمس الأئمة السرخسي، والقاضي الإمام على السُّغدي في «شرح أدب القاضي» للخصاف رحمهم الله: إذا شهد الفروع على شهادة الأصول والأصول في المصر يجب أن تجوز على قولهما، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا تجوز، بناءً على أن التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفه رحمه الله لا يجوز، وعندهما يجوز.

ووجه البناء هو أن عند أبي حنيفة رحمه الله لمَّا لم يملك المدعى عليه إنابة غيره منابَ نفسه في الجواب إلا بعذر، فكذا لا يملك الأصل إنابة غيره منابَ نفسه في الشهادة إلا بعذر، والجامع أن استحقاق الجواب على المدَّعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود، وعندهما لمَّا ملك المدعى عليه إنابة غيره منابَ نفسه في الجواب من غير عذر، فكذا يملك الأصل إقامة الفرع مقام نفسه في أداء الشهادة من غير عذر.

قوله: فَإِنْ عَدَّلَ شُهُودَ الأَصْلِ، بنصب شهود على المفعولية، أي: عدَّل الفروع الأصلَ فهو جائز، وحاصله أن الفرعين إذا شهدا على شهادة أصلين إن كان القاضي يعرف الأصول والفروع بالعدالة قضى بشهادتهم، وإن عرف الأصول بالعدالة ولم يعرف الفروع يسأل

شَهِدَ شَاهِدَانِ فَعَدَّلَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ صَحَّ) لِمَا قُلْنَا، غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً مِنْ حَيْثُ القَضَاءِ بِشَهَادَتِهِ لكِنَّ العَدْلَ لا يُتَّهَمُ بِمِثْلِهِ كَمَا لا يُتَّهَمُ فِي شَهَادَةِ نَفْسِهِ، كَيْفَ

عن الفروع، وإن عرف الفروع بالعدالة ولم يعرف الأصول ذكر الخصاف رحمه الله: أن القاضي يسأل الفروع عن أصولهم ولا يقضي قبل السؤال، فإن عدَّلا الأصول تثبت عدالة الأصول بشهادتهما في ظاهر الرواية، وعن محمد رحمه الله: أنه لا تثبت عدالة الأصول بتعديل الفروع، والصحيح ظاهر الرواية.

وإن قال الفرعان: لا نخبركَ، لا يقبل القاضي شهادتهما، وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال الفرعان: لا نخبركَ، يسأل غير الفرعين عن الأصول، ولو قال الفرعان: لا نعرف الأصل أعدل أم لا؟ قال الشيخ أبو الحسن على السُّغدي: هذا وقول الفروع: لا نخبركَ، سواءٌ، وقال شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله: إذا قالا: لا نعرفه أعدل أم لا؟ لا يرد القاضي شهادتهما ويسأل عن الأصول غيرهما، وهو الصحيح؛ لأنَّ شاهد الأصل بقي مستورًا.

وأمَّا إذا شهد شاهدان عند القاضي بشيءٍ والقاضي يعرف عدالة أحدهما ولا يعرف عدالة الآخر، فعدَّله هذا العدل اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يصح تعديله كما لو عدله رجل آخر، وقال بعضهم: لا يصح تعديله؛ لأنَّه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل، فكان متهمًا فلا يصح تعديله، كذا في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان، و«فتاواه».

وقوله: غَايَةُ الأَمْرِ، أي: غاية ما يرد فيه من أمر الشبهة أن يقال: ينبغي أن لا يصح تعديله؛ لأنَّه متهم بسبب أن في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي.

قوله: على موجب ما يشهد به، قلنا: العدل لا يتهم بمثل ما ذكرتُ من التُّهمة؛ فإنَّ مثل هذه التُّهمة ثابت في شهادة نفسه، فإنه يُحتمل أن يقال في شهادة نفسه: أنه إنَّما شهد فيما شهد ليصير هو مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي.

قوله: على موجب ما شهد به، وإن لم يكن له شهادة فيه في الحقيقة، ومع ذلك لا يقال مثل هذه التهمة في حق العدل، فإنا لو اعتبرنا مثل هذه التُّهم لانسدَّ باب الشهادة وهو مفتوح في نفسه، وهذا معنى **قوله: كَمَا لا يُتَّهَمُ فِي شَهَادَةِ نَفْسِهِ.**

وَأَنَّ قَوْلَهُ مَقْبُولٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَإِنْ رُدَّتْ شَهَادَةُ صَاحِبِهِ فَلَا تُهْمَةَ.

قَالَ: (وَإِنْ سَكَتُوا عَنْ تَعْدِيلِهِمْ جَازَ وَيُنْظرُ القَاضِي فِي حَالِهِمْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لا شَهَادَةَ إلَّا بِالعَدَالَةِ، فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا لَمْ يَنْقُلُوا الشَّهَادَةَ فَلَا يُقْبَلُ. وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المَأْخُوذَ عَلَيْهِمُ النَّقْلُ دُونَ التَّعْدِيلِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَخْفَى عَلَيْهِمْ، وَإِذَا نَقَلُوا يَتَعَرَّفُ القَاضِي العَدَالَةَ كَمَا إذَا حَضَرُوا بِأَنْفُسِهِمْ وَشَهِدُوا.

قَالَ: (وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الأَصْلِ الشَّهَادَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ الشُّهُودِ الفَرْعِ) لِأَنَّ التَّحْمِيلَ لَمْ يَثْبُتْ لِلتَّعَارُضِ بَيْنَ الخَبَرَيْنِ،

وقوله: وَأَنَّ قَوْلَهُ مَقْبُولٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَإِنْ رُدَّتْ شَهَادَةُ صَاحِبِهِ فَلَا تُهْمَةَ، أي: لا تهمة في الذي لم ترد شهادته برد الآخر، لكنه لم يقبل قوله لعدم نصاب الشهادة لا لخلل في عدالته.

قوله: وَإِنْ سَكَتُوا عَنْ تَعْدِيلِهِمْ - أي: وإن سكت الفروع عن تعديل الأصول - جَازَ - أي: جاز نقل شهادة الأصول - وَيُنْظَرُ القَاضِي فِي حَالِهِمْ، أي: يسأل القاضي غير الفروع من المزكيين عن حال الأصول بأنّهم عدول أم لا؟

قوله: فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا، أي: إذا لم يعرف الفروع عدالة الأصول.

قوله: وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الأَصْلِ الشَّهَادَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ الشُّهُودِ الفَرْعِ، وحاصله أن الفروع إذا رجعوا وحدهم وجب عليهم الضمان، وهذا ظاهر، وإن رجع الأصول وحدهم فلا ضمان عليهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله؛ لأنّهم مسبِّبون لا مباشرون على ما ذكرنا، وهذا الذي ذكرنا إذا قال الأصول: كنا أشهدناكما بباطل، وأمّا إذا قالوا: لم نشهدهم أصلًا فلا ضمان على الأصول بلا خلاف؛ لأنه لم يوجد منهم الرجوع لمّا أنكروا الإشهاد أصلًا.

وقوله: لِلتَّعَارُضِ بَيْنَ الخَبَرَيْنِ، أي: بين خبر الفروع وخبر الأصول؛ لأنَّ الأصول

وَهُوَ شَرْطٌ. (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَلَى فُلَانَةَ بِنْتِ فُلَانٍ الفُلَانِيَّةِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَقَالَا أَخْبَرَانَا أَنَّهُمَا يَعْرِفَانِهَا فَجَاءَ بِامْرَأَةٍ وَقَالَا: لا نَدْرِي أَهِيَ هَذِهِ أَمْ لا فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمُدَّعِي هَاتِ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ أَنَّهَا فُلَانَةُ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى المَعْرِفَةِ بِالنِّسْبَةِ قَدْ تَحَقَّقَتْ وَالمُدَّعِي يَدَّعِي الحَقَّ عَلَى الحَاضِرَةِ وَلَعَلَّهَا غَيْرُهَا فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهَا بِتِلْكَ النِّسْبَةِ، وَنَظِيرُ هَذَا إِذَا تَحَمَّلُوا الشَّهَادَةَ بِبَيْعِ مَحْدُودَةٍ بِذِكْرِ حُدُودِهَا وَشَهِدُوا عَلَى المُشْتَرِي لا بُدَّ مِنْ آخَرَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَى أَنَّ المَحْدُودَ بِهَا فِي يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ المُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ الحُدُودَ المَذْكُورَةَ فِي الشَّهَادَةِ حُدُودُ مَا فِي يَدِهِ.

ينكرون التحميل.

قوله: وَهُوَ شَرْطٌ، أي: التحميل شرط صحة شهادة الفروع، وبإنكار الأصول لا يثبت التحميل، فلمَّا لم يوجد الشرط وهو التحميل لم يوجد المشروط وهو صحة أداء شهادة الفروع، فلا تقبل شهادة الفروع لذلك.

قوله: وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، أي: الفرعان شهدا عن أصلين.

قوله: وَقَالَا أَخْبَرَانَا - أي: وقال الفرعان: أخبرنا الأصلان - أَنَّهُمَا يَعْرِفَانِهَا - أي: أن الأصلين يعرفان تلك المرأة المشهود عليها - فَجَاءَ - أي: فجاء المدعي - بِامْرَأَةٍ وَقَالَا: - أي: الفرعان - لا نَدْرِي أَهِيَ هَذِهِ أَمْ لا، أي: لا ندري أن المعرَّفة بالنسبة هي هذه الحاضرة أم لا؟

قوله: وَنَظِيرُ هَذَا إِذَا تَحَمَّلُوا الشَّهَادَةَ بِبَيْعِ مَحْدُودَةٍ بِذِكْرِ حُدُودِهَا وَشَهِدُوا عَلَى المُشْتَرِي لا بُدَّ مِنْ آخَرَيْنِ، إلى آخره، يعنِي إذا أنكر الخصم أن يكون حدود ما في يده ذلك، يحتاج المدَّعي إلى أن يأتِي بشاهدين آخرين أن حدود ما في يده ذلك.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: وصار كرجل ادعى محدودًا في يد رجل، وشهد

قَالَ: (وَكَذَا كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ لِكَمَالِ دِيَانَتِهِ وَوُفُورِ وِلَايَتِهِ يَنْفَرِدُ بِالنَّقْلِ (وَلَوْ قَالُوا فِي هَذَيْنِ البَابَيْنِ التَّمِيمِيَّةُ لَمْ يَجُزْ حَتَّى يَنْسُبُوهَا إِلَى فَخِذِهَا) وَهِيَ القَبِيلَةُ الخَاصَّةُ؛ وَهَذَا لِأَنَّ التَّعْرِيفَ لَا بُدَّ

له شُهُوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه، وفي يد المدَّعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه: الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكر الشهود، يقال للمدَّعي: هات شاهدين أن الذي في يده محدود بهذه الحدود.

ثم فائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدَّعوى تظهر إذا ادَّعى الشفيع أن فلانًا باع والمحدود في يد المشتري ولي حق الشفعة، وأمَّا لو كان المدعي هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة إلى كون المبيع في يد المشتري؛ لأنَّ للبائع ولاية مطالبة الثمن من المشتري، سواءٌ كان في يد البائع أو في يد المشتري.

قوله: وَكَذَلِكَ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي، يريد به أن القاضي الكاتب يكتب في كتابه إلى القاضي الآخر: شاهدان شهدا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية كذا، فاقض عليها أنت بذلك، وأحضر المدعي فلانةً في مجلس القاضي المكتوب إليه ودفع الكتاب إليه، يقول له القاضي: هات شاهدين أن التي أحضرتها تلك الفلانة المذكورة في هذا الكتاب، ليمكن الإشارة إليها في القضاء، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ لِكَمَالِ دِيَانَتِهِ، هذا جواب إشكال مقدر وهو أن يقال: إن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي؛ لأنَّه سمع الشهادة من الشاهدين، ونقل شهادتهما بالكتاب إلى القاضي المكتوب إليه، فصار كأنه حضر بنفسه مجلس القاضي المكتوب إليه، وهناك يُشترط الاثنان فكذلك ينبغي أن يشترط في القاضي الكاتب أن يكون اثنين، والجواب ما ذكره في الكتاب.

قوله: وَلَوْ قَالُوا فِي هَذَيْنِ البَابَيْنِ، أي: باب الشهادة على الشهادة، وباب كتاب القاضي إلى القاضي.

قوله: حَتَّى يَنْسُبُوهَا إِلَى فَخِذِهَا، وَهِيَ القَبِيلَةُ الخَاصَّةُ، وجعل الفخذ من الخاصة التي

مِنْهُ فِي هَذَا، وَلا يَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى العَامَّةِ وَهِيَ عَامَّةٌ إِلَى بَنِي تَمِيمٍ لِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لا يُحْصَوْنَ، وَيَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الفَخِذِ لِأَنَّهَا خَاصَّةٌ. وَقِيلَ الفَرْغَانِيَّةُ نِسْبَةٌ عَامَّةٌ وَالأُوزْجَنْدِيَّةُ خَاصَّةٌ، (وَقِيلَ السَّمَرْقَنْدِيَّة وَالبُخَارِيَّةُ عَامَّةٌ) وَقِيلَ إِلَى السِّكَّةِ الصَّغِيرَةِ خَاصَّةٌ، وَإِلَى المَحَلَّةِ الكَبِيرَةِ وَالمِصْرِ عَامَّةٌ. ثُمَّ التَّعْرِيفُ وَإِنْ كَانَ يَتِمُّ بِذِكْرِ الجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ خِلافًا لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَاتِ، فَذِكْرُ الفَخِذِ يَقُومُ مَقَامَ الجَدِّ لِأَنَّهُ اسْمُ الجَدِّ الأَعْلَى فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الجَدِّ الأَدْنَى، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

لا خاصة دونها موافق لرواية «الصحاح»، حيث جعل الفخذ آخر القبائل الستِّ فقال: أولها الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ.

وأمَّا على اختيار صاحب «الكشاف» وغيره كون الفخذ أخص بالنسبة إلى ما فوقها حيث قال في «الكشاف» في قوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ﴾ [الحجرات: ١٣]، الشعب: الطبقة الأولى من الطبقات الستِّ التي عليها العرب، وهي الشعب، والقبيلة، والعمارة، والبطن، والفخذ، والفصيلة، فالشعب تجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمائر، والعمارة تجمع البطون، والبطون تجمع الأفخاذ، والفخذ تجمع الفصائل، خزيمة شعب، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة، وسميت الشعب؛ لأنَّ القبائل تتشعب منها.

ثم اعلم أن الشعب بفتح الشين، والعِمارة بكسر العين، كذا في «الديوان».

قوله: لِأَنَّهُ اسْمُ الجَدِّ الأَعْلَى فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الجَدِّ الأَدْنَى، أي: لأنَّ الفخذ اسم الجد الأعلى في القبيلة الخاصة، فصار بمنزلة الجد الأدنى في النسبة وهو أبُ الأب، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ)

فصلٌ

ذكر شهادة شاهد الزور في فصل على حدة؛ لأنَّ لها أحكام مخصوصة، وأخَّرها؛ لأنَّ الأصل هو الصدق.

اعلم أن شاهد الزور عندنا هو المقر على نفسه بذلك؛ لأنه لا يتمكن تهمة الكذب في إقراره على نفسه، فلا طريق لإثبات ذلك بالبينة عليه؛ لأنَّه نفي لشهادته، والبينة حجة للإثبات دون النفي، فكذلك من رُدَّت شهادته للتهمة، أو للدفع عن نفسه، أو بالاختلاف في الشهادة، أو بتكذيب الذي شهد له، فإنه لا يكون شاهد الزور فيما ذكر من الحكم؛ لأنِّي لا أدري أيّهما الصادق المشهود له أو الشاهد، فلعل المشهود له أراد بالشاهد العقوبة والتهمة، وقصَّر في دعواه عما يشهد به شهاده، وكذلك من رُدَّت شهادته للتهمة فلعله صادق في شهادته، وكذا إذا اختلف الشاهدان في الشهادة، ولا يعرف الكاذب منهما، فلهذا لا يعذّر واحد من هؤلاء الرجال والنساء، وأهل الذِّمة في شهادة الزُّور سواءٌ؛ لقيام الأهلية في حقهم جميعًا فيما يتعلق به شهادة الزور، كذا في «المبسوط».

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن شاهد الزور الذي يشهد ويُعزّر أن يقر على نفسه بالكذب متعمدًا فيقول: كذبتُ فيما شهدتُ متعمدًا، أو شهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حيًا حتى يثبت كذبه بيقين، فأمَّا إذا قال: غلطتُّ أو أخطأتُ، أو رُدَّت شهادته لتهمة، أو لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزّر أصلًا.

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: شَاهِدُ الزُّورِ أُشَهِّرُهُ فِي السُّوقِ وَلا أُعَزِّرُهُ. وَقَالا: نُوجِعُهُ ضَرْبًا وَنَحْبِسُهُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -. لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّورِ أَرْبَعِينَ سَوْطًا وَسَخَّمَ وَجْهَهُ، وَلِأَنَّ هَذِهِ

وقال الحاكم الإمام أبو محمد الكاتب[1] رحمه الله: وهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

(١) إن رجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزَّر من غير خلاف (٢) وإن رجع على سبيل الإضرار يعزَّر بالضرب من غير خلاف (٣) وإن كان لا يعلم فعلى الاختلاف الذي قلنا.

ثم قال: إن هذا الشاهد إن تابَ فشهد بعد هذا في حادثة هل تقبل شهادته بعد ذلك؟ فهو على وجهين: إن كان فاسقًا تقبل شهادته؛ لأنَّ الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه، فإذا تابَ وظهرت توبته فقد زال فسقه فتقبل شهادته، ولم يبين في الكتاب مدَّة ظهور التوبة، فعند بعض مشايخنا هي مقدَّرة بستة أشهر، وعند بعضهم مقدَّرة بسنة، قالوا: والصحيح أنه يفوض إلى رأي القاضي.

وإن كان مستورًا لا تقبل شهادته أبدًا، وكذلك إن كان عدلًا فشهد بزور ثم تاب، على رواية بشر عن أبي يوسف رحمهما الله لا تقبل شهادته أصلًا؛ لأنَّه لا يدرى منه ما الذي حمله على الشهادة الباطلة، فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء فلا تقبل أبدًا.

وروى الفقيه أبو جعفر عن أبي يوسف رحمهما الله: أنه تقبل، قالوا: والفتوى على هذا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَسَخَّمَ وَجْهَهُ، أي: سوَّد، من السّخام، وهو سواد القدر، وأمَّا بالحاء المهملة من الأسحم الأسود، فقد جاء كذا في «المغرب».

---

(١) هو الإمام، أبو سعد، الحاكم، عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن عزيز بن محمد بن يزيد، الكاتب، النيسابوري، الفقيه الحنفي، ابن دُوست، وهو لقب جدِّه محمد بن عزيز، تفقه على أبي بكر محمد بن الفضل الكماري، كان أحد الأعيان الأئمة بخراسان في العربية، صنف التصانيف المفيدة، وأقرأ الناس الأدب والنحو، وكان زاهداً عارفاً ورعاً، وكان أصمًّا لا يسمع، توفي سنة (٤٣١ هـ).

انظر: «الجواهر المضية» (١/ ٣٨٠)، «سير أعلام النبلاء» (١٧/ ٥٠٩) وغيرهما.

كَبِيرَةٌ يَتَعَدَّى ضَرَرُهَا إِلَى العِبَادِ وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ. وَلَهُ أَنَّ شُرَيْحًا كَانَ يُشَهِّرُ وَلا يَضْرِبُ، وَلِأَنَّ الِانْزِجَارَ يَحْصُلُ بِالتَّشْهِيرِ فَيَكْتَفِي بِهِ، وَالضَّرْبُ وَإِنْ كَانَ مُبَالَغَةً فِي الزَّجْرِ وَلَكِنَّهُ يَقَعُ مَانِعًا عَنِ الرُّجُوعِ فَوَجَبَ التَّخْفِيفُ نَظَرًا إِلَى هَذَا

وذكر في «المغني»: وقوله: ولا يسخَّم وجهه، يُروى هذا اللفظ بالخاء والحاء جميعًا.

فإن قلتَ: كيف يتمسكان بفعل عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّورِ أَرْبَعِينَ سَوْطًا وَسَخَّمَ، وهما لا يقولان بهذين الحكمين، أمَّا التسخيم فغير مشروع بالإجماع، وأمَّا تبليغ التعزير إلى أربعين فمحمد لا يقول به، وكذا أبو يوسف رحمهما الله في قوله الأول، ذكره في «المغني».

قلتُ: يُثبتان بهذا ما نفاه أبو حنيفة رضي الله عنه وهو التعزير بالضَّرب، فعُلم بهذا الأثر أن أصل الضرب مشروع، وما زاد على أصل الضرب كان محمولاً على السياسة، فجاز أن يشتمل النص على حكمين ثم يقوم دليل النسخ في أحدهما دون الآخر.

وذكر في «المبسوط» في تعليلهما: إن شاهد الزور يضرب أربعين سوطاً، ويسخَّم وجهه، ويُطاف به، إلا أن الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه، فإن ذلك مُثلةٌ، و«نهى رسول الله صلَّى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور»، فبقي حكم التعزير والتشهير بأن يطاف به، ثم التشهير لإعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك التعزير، لارتكابه كبيرةً، فشهادة الزور من أعظم الكبائر، فإنَّها عُدِّلت بالشرك بالله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ وَٱجْتَنِبُواْ قَوْلَ ٱلزُّورِ ۝٣٠﴾ [الحج: ٣٠]، وفيه إشارة إلى عِظم حرمة المسلم؛ حيث جعل الله تعالى الشهادة عليه بالزُّور كالشهادة على نفسه بالزور، وإذا ثبتَ أنه مرتكب للكبيرة قلنا: يعزر على ذلك.

قوله: وَلَهُ أَنَّ شُرَيْحًا رَحِمَهُ اللهُ كَانَ يُشَهِّرُ وَلا يَضْرِبُ، فإن قيل: أليس أن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى تقليد التابعين حتى رُوي عنه أنه قال: لا نقلدهم، هم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد، وقال مشايخنا المتأخرون: إنما ذكر أبو حنيفة رحمه الله أقاويل التابعين في كتبه

الوَجْهِ. وَحَدِيثُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ بِدَلالَةِ التَّبْلِيغِ إِلَى الأَرْبَعِينَ وَالتَّسْخِيمِ ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّشْهِيرِ مَنْقُولٌ عَنْ شُرَيْحٍ - رَحِمَهُ اللهُ - فَإِنَّهُ كَانَ يَبْعَثُهُ إِلَى سُوقِهِ إِنْ كَانَ سُوقِيًّا، وَإِلَى قَوْمِهِ إِنْ كَانَ غَيْرَ سُوقِيٍّ بَعْدَ العَصْرِ أَجْمَعَ مَا كَانُوا، وَيَقُولُ: إِنَّ شُرَيْحًا يُقْرِئُكُمُ السَّلَامَ وَيَقُولُ: إِنَّا وَجَدْنَا هَذَا شَاهِدَ زُورٍ فَاحْذَرُوهُ وَحَذِّرُوا النَّاسَ مِنْهُ. وَذَكَرَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُشَهَّرُ عِنْدَهُمَا أَيْضًا. وَالتَّعْزِيرُ وَالحَبْسُ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَاهُ القَاضِي عِنْدَهُمَا، وَكَيْفِيَّةُ

لبيان أنه لم يستبد بهذا القول، بل سبقه غيره، وقاله متبعًا لا مخترعًا.

قلنا: ذكر في «النوادر» عن أبي حنيفة رحمه الله: من كان من أئمَّة التابعين، وأفتى في زمن الصحابة رضي الله عنهم، وزاحمهم في الفتوى، وسوغوا له للاجتهاد، فأنا أقلده مثل: شريح، والحسن، ومسروق، وعلقمة رحمهم الله، وعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى الجواب، وعلى ظاهر الرواية قالوا: لم يذكر قوله محتجًا به، بل محتجًا بتجويز الصحابة فعله، فإن قضاه وتشهيره كان بمحضر من عُمر وعلي رضي الله عنهما، فإنه كان قاضيًا في عصرهما، فما يشتهر من قضاياه كالمروي عنهما، فكان هذا في الحقيقة احتجاجًا بقولهما، وأبو حنيفة رضي الله عنه يرى تقليد كل من كان من الصحابة، كذا في «الجامع الصَّغير» للإمام المحبوبي.

قوله: وَحَدِيثُ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ بِدَلالَةِ التَّبْلِيغِ إِلَى الأَرْبَعِينَ، أي: لو كان ذلك بطريق التعزير لنقص عن الأربعين؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «من بلغ حدًّا في غير حد فهو من المعتدين».

وكذلك التسخيم وقد ذكرناه، فتأويله عند شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه قال ذلك بطريق السياسة إذا رأى الإمام المصلحة فيه، وتأويله عند شيخ الإسلام رحمه الله أنه لم يرد به حقيقة التسويد، إنما أراد به التخجيل بالتفضيح والتشهير، فإن الخجل يُسمَّى مسودًا، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِٱلْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُۥ مُسْوَدًّا﴾ [النحل: ٥٨]،

التَّعْزِيرِ ذَكَرْنَاهُ فِي الحُدُودِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: شَاهِدَانِ أَقَرَّا أَنَّهُمَا شَهِدَا بِزُورٍ لَمْ يُضْرَبَا وَقَالَا يُعَزَّرَانِ) وَفَائِدَتُهُ أَنَّ شَاهِدَ الزُّورِ فِي حَقِّ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الحُكْمِ هُوَ المُقِرُّ عَلَى نَفْسِهِ بِذَلِكَ، فَأَمَّا لا طَرِيقَ إِلَى إِثْبَاتِ ذَلِكَ بِالبَيِّنَةِ لِأَنَّهُ نَفْيٌ لِلشَّهَادَةِ وَالبَيِّنَاتُ لِلْإِثْبَاتِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

كذا في «المغني».

وقوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، إلى قوله: وَفَائِدَتُهُ، أي: وفائدة وضع «الجامع الصَّغير» بقوله: شَاهِدَانِ أَقَرَّا أَنَّهُمَا شَهِدَا بِزُورٍ، لما ذكره من الفائدة وهو: أن شاهد الزور إنما يُعرف أن شهادته كانت زورًا أو كذبًا بإقراره لا غير، ولا يعرف ذلك بالبينة، ولا بتكذيب المدَّعي، ولا بمخالفة الدَّعوى.

وذكر في «المغني»: قال صاحب «الأقضية»: وشاهد الزور عندنا المقرُّ على نفسه بذلك فيقول: كذبتُ فيما شهدتُ متعمدًا، أو يشهد بقتل رجل، أو بموته فيجيء المشهود بقتله أو موته حيًّا، وأمَّا فيما إذا اختلف الشاهدان في الموطن الذي شهدا بالفعل فيه، أو اختلفا في الفعل نفسه، أو في الإقرار والإنشاء قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تعزير عليه، وإن كان أحدهما كاذبًا لا محالة؛ لأنَّه لا يعرف الصادق من الكاذب، ولا تجوز العقوبة مع الاحتمال، والله تعالى أعلم.

(كِتَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ)

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب الكتابين ظاهر؛ إذ الرجوع عن الشَّهادة يقتضي سبق الشهادة لا محالة، ولهذا الكتاب مناسبة خاصة بشهادة الزور؛ إذ الرجوع من الشهادة من أسباب شهادة الزور.

اعلم أن أداء الشهادة بالحق مأمور به شرعـًا، قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ﴾ [الطلاق: ٢]، والأمر للوجوب، وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكۡتُمۡهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، واستحقاق الوعيد بترك الواجب، وقال صلَّى الله عليه وسلم: «كاتم الشهادة بالحق كشاهد الزور» وشهادة الزور من الكبائر، وفي حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلَّى الله عليه وسلم قال: «الشَّاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات والأرض»، فيحق على كل مسلم الاجتناب عنها بجهده، والتَّوبة عنها متى وقع فيها خطأ أو عمدًا، وذلك بأن يرجع عن الشهادة في مجلس القضاء.

ولا يمنعه الاستحياء من الناس وخوف اللائمة من إظهار الرجوع في مجلس القضاء، فلأن يراقب الله تعالى خير له من أن يراقب الناس، ورجوعه صحيح مقبول في حقه وإن كان مردودًا فيما يرجع إلى حق غيره، كذا في «المبسوط».

ثم اعلم أن للرجوع عن الشهادة ركنًا، وشرطـًا، وحكمـًا.

أمَّا ركنه: فقول الشاهد بعدما شهد: رجعتُ عما شهدتُ به، أو يقول: شهدتُ بزور فيما شهدتُ.

وأمَّا شرطه: فمجلس القاضي حتى لا يصح الرجوع في غير مجلس القاضي، وثمرته

(قَالَ: إِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ عَنْ شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ الحُكْمِ بِهَا سَقَطَتْ) لِأَنَّ الحَقَّ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالقَضَاءِ وَالقَاضِي لا يَقْضِي بِكَلَامٍ مُتَنَاقِضٍ وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُمَا مَا أَتْلَفَا شَيْئًا لا عَلَى المُدَّعِي وَلا عَلَى المَشْهُودِ عَلَيْهِ (فَإِنْ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعُوا لَمْ يُفْسَخِ الحُكْمُ)؛ لِأَنَّ آخِرَ كَلَامِهِمْ يُنَاقِضُ أَوَّلَهُ فَلَا يُنْقَضُ الحُكْمُ بِالتَّنَاقُضِ وَلِأَنَّهُ

تظهر فيما إذا ادَّعى المشهود عليه عند القاضي رجوع الشاهد في غير مجلس القاضي، وأنكر الشاهد ذلك فأراد المشهود عليه إثباته بالبينة، أو أراد استحلاف الشاهد ليس له ذلك، وإذا أقرَّ الشاهد عند القاضي أنه رجع عند غيره صحَّ إقراره.

وطريق صحته أن يجعل هذا رجوعًا مبتدأ من الشاهد، لا أن يعتبر ذلك الرجوع الذي كان في غير مجلس القاضي.

وأمَّا حكمه: فرجوع الشاهد إن كان قبل القضاء يصح في حق نفسه وفي حق غيره، حتى يجب على الشاهد التعزير، ولا يقضي القاضي بشهادته على المشهود عليه، وإن كان بعد القضاء كان أبو حنيفة رحمه الله أولًا يقول: يُنظر إلى حال الراجع إن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة، صحَّ رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره، حتى وجب عليه التعزير، وينقض القضاء، ويرد المال على المشهود عليه، وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة أو دونه يجب عليه التعزير، ولكن لا ينقض القضاء، ولا يجب الضمان على الشاهد، وهو قول أستاذه حماد رحمهما الله، ثم رجع عن هذا وقال: لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال، حتى لا ينقض القضاء، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، كذا في «المغني».

قوله: سَقَطَتْ، أي: سقطت الشهادة عن الإلزام على القاضي بالحكم؛ لأنَّ بالشهادة يجبُ القضاء على القاضي، فإذا رجع الشهود عن شهادتهم سقطت الشهادة عن إلزام القضاء، بخلاف ما بعد القضاء، فإن جانب الصدق قد تأكد بقضاء القاضي في حق المقضي له فيه بتعين جانب الكذب في الرجوع.

وقوله: لِأَنَّ آخِرَ كَلَامِهِمْ يُنَاقِضُ أَوَّلَهُ فَلَا يُنْقَضُ الحُكْمُ بِالتَّنَاقُضِ؛ لأنَّ القاضي كما

فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الصِّدْقِ مِثْلُ الأَوَّلِ، وَقَدْ تَرَجَّحَ الأَوَّلُ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ (وَعَلَيْهِمْ ضَمَانُ مَا أَتْلَفُوهُ بِشَهَادَتِهِمْ) لِإِقْرَارِهِمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَالتَّنَاقُضُ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ، وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الحَاكِمِ) لِأَنَّهُ فَسْخٌ لِلشَّهَادَةِ فَيَخْتَصُّ بِمَا تَخْتَصُّ بِهِ الشَّهَادَةُ مِنَ المَجْلِسِ وَهُوَ مَجْلِسُ القَاضِي أَيَّ قَاضٍ كَانَ، وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ تَوْبَةٌ وَالتَّوْبَةُ عَلَى حَسَبِ الجِنَايَةِ،

لا يقضي بالكلام المتناقض، فكذلك لا ينقض ما قضاه بالكلام المتناقض؛ ولأنه لو اعتبر رجوعه في إبطال القضاء أدّى إبطاله إلى ما لا يتناهي؛ لأنَّه يأتِي بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع فيجب إعادة القضاء الأول، كذا في «المبسوط».

قوله: لِإِقْرَارِهِمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وهو الإتلاف؛ لأنَّهم لمَّا رجعوا بعد قضاء القاضي فقد أقرُّوا على أنفسهم بالإتلاف؛ وهذا لأنَّ القاضي بمنزلة الملجأ من جهتهم، فإن بعد ظهور عدالتهم يحق عليه القضاء شرعًا، فكان سبب القضاء شهادة الشهود، والتسبيبُ إذا كان تعديًا بمنزلة المباشرة في إيجاب ضمان المال.

قوله: وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الحَاكِمِ، فإن قيل: ينبغي أن لا يكون الرجوع مختصًّا بمجلس القضاء؛ لأنَّ الرجوع من الشاهد إقرارٌ بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة على ما ذكر، والإقرار بالضمان لا يختص بمجلس القضاء، قلنا: ما كان شرطـًا في الابتداء يكون شرطـًا في البقاء كالمبيع، فإن وجوده شرط لصحة البيع فكذا بقاؤه شرط لصحة الفسخ، فكذلك الشهادة في مجلس القضاء شرطٌ لصحة الشهادة، فكذا يجب أن يكون مجلس القضاء شرطـًا لفسخ الشهادة وهو الرجوع عن الشهادة.

ولا يلزم على هذا إحضار رأس مال السَّلم؛ فإنه ليس بشرط في فسخ السلم مع أنه مشروط في ابتداء عقد السلم؛ لأنَّا نقول: اشتراط وجود رأس مال السلم في مجلس عقد السلم لا لعقد السلم، بل يفسد السلم بعد الصحة إذا افترقا لا عن قبض، احترازًا عن الكالئ بالكالئ، وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ، فلذلك لم يحتج إلى إحضار رأس المال وقت

فَالسِّرُّ بِالسِّرِّ وَالإِعْلَانُ بِالإِعْلَانِ. وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَاضِي، فَلَوِ ادَّعَى المَشْهُودُ عَلَيْهِ رُجُوعَهُمَا وَأَرَادَ يَمِينَهُمَا لا يَحْلِفَانِ، وَكَذَا لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُ ادَّعَى رُجُوعًا بَاطِلًا، حَتَّى لَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ رَجَعَ عِنْدَ قَاضِي كَذَا وَضَمَّنَهُ المَالَ تُقْبَلُ لِأَنَّ السَّبَبَ صَحِيحٌ. (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِمَالٍ فَحَكَمَ الحَاكِمُ بِهِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا المَالَ المَشْهُودَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ التَّسْبِيبَ عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي سَبَبُ الضَّمَانِ كَحَافِرِ البِئْرِ وَقَدْ سَبَّبَا لِلْإِتْلَافِ تَعَدِّيًا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَضْمَنَانِ لِأَنَّهُ لا عِبْرَةَ لِلتَّسْبِيبِ عِنْدَ وُجُودِ المُبَاشَرَةِ.

الفسخ؛ لانعدام ذلك المعنى وهو عقد النسيئة بالنسيئة.

قوله: لِأَنَّهُ ادَّعَى رُجُوعًا بَاطِلًا؛ لأنَّ الرجوع في غير مجلس القضاء باطل، والاستحلاف وسماع البينة إنما يكون بعد صحة الدعوى، والدعوى باطل فلذلك لم يكن له الاستحلاف وإقامة البينة.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَضْمَنَانِ لِأَنَّهُ لا عِبْرَةَ لِلتَّسْبِيبِ عِنْدَ وُجُودِ المُبَاشَرَةِ، فإن قلتَ: فكيف انعكس مذهبه هنا بمذهبه في الشهادة في القتل ثم بالرجوع، وكذلك انعكس مذهبنا أيضًا بالمذكور هناك، فإنه إذا شهد شاهدان على رجل بقتل عمدٍ، فقُتل بشهادتهما ثم رجعا، فعندنا عليهما الدية في مالهما، وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص، حيث جعل المسبب هناك كالمباشر، ولم نجعله نحن كالمباشر هناك، ثم جعلنا المسبِّب هنا كالمباشر، ولم يجعله الشافعي رحمه الله هنا كالمباشر؟

قلتُ: اختلاف الحكم لاختلاف الدليل بسبب اختلاف المحل، والأصل أن لا يجعل المسبب كالمباشر في صورة من الصور؛ لاختلافهما في وصف التعدي؛ لأنَّه لا شك أن التعدي الصادر من المباشر فوق التعدي الصادر من المسبِّب؛ لأنَّ المباشرة عمل بدون الواسطة، والتسبيب بالواسطة، ألا ترى أن المباشرة إذا تجرَّدت عن التعدي الزائد صلحت

قُلْنَا: تَعَذَّرَ إِيجَابُ الضَّمَانِ عَلَى المُبَاشِرِ وَهُوَ القَاضِي؛

أيضًا لإيجاب الضمان بالإجماع، فإنه إذا رمى الصيد في ملكه فأصاب إنسانًا أو مالًا فأتلفه يجب الضمان، بخلاف ما إذا حفر بئرًا في ملكه، وما ذاك إلا باعتبار قوة وصف المباشرة وضعف وصف التسبيب، إلا إذا دعت الضرورة إلى إقامة المسبب مقام المباشر، فحينئذٍ يقام هو مقام المباشر.

وقولنا هاهُنا كذلك؛ لأنه لمَّا تَعَذَّرَ إِيجَابُ الضَّمَانِ عَلَى المُبَاشِرِ هُنَا وَهُوَ القَاضِي والمدَّعي لما ذكر، وظهر أن المسبب وهو الشاهد متعدٍ في شهادته، أوْجَبنا على المسبب جبْرًا لنقصان مال المدعى عليه، كما إذا حفر البئر في قارعة الطريق ووقع فيها آدمي يجب الضمان على الحافر؛ لتعذر إضافة الضمان إلى المباشر.

وأمَّا في باب الشهادة بالقتل فلم يوجب القصاص على المسبب، وهو الشاهد الذي رجع عن شهادته؛ لما أن المساواة مشروطة في القصاص، حتى إذا لم يمكن المساواة في موضع لا يجب القصاص وإن كانت الجناية عمدًا، ولا مساواة بين المسبِّب والمباشر لما ذكرنا.

وإنما جعلنا الشاهد مسببًا لا مباشرًا وهو ظاهر؛ لأنَّ المباشر هو الولي وهو طائع مختار في هذه المباشرة، عرفنا أن الشاهد غير مباشر لا حقيقة ولا حكمـًا، والقصاص جزاء قتل العمد مباشرة، أمَّا حقيقة كما إذا قتله باختياره، أو حكمـًا كما في المكرَه؛ لأنَّ المكرَه فاسد الاختيار، والمكرِه صحيح الاختيار، والفاسد بمقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم، فصار المكرَه بمنزلة الآلة للمكره فانتقل فعله إلى المكره، وليس الشاهد هنا كذلك؛ لأنَّ المباشر المتحلل وهو الولي صحيح الاختيار وكامله، فلم ينتقل فعله إلى الشاهد فبقي الشاهد مسببًا، فلم يستحق جزاء المباشرة؛ إذ المساواة مطلوبة في القصاص.

وأمَّا الشافعي رحمه الله فإنما أقام المسبِّب مقام المباشر في القصاص؛ لحديث خاصٍّ ورد فيه، وهو حديث علي رضي الله عنه حيث قال لشاهدي السرقة حين رجعا: «ولو علمتُ أنكما تعمدتما لقطعتُ أيديكما»؛ ولأن أمر الدِّماء أشد صيانةً من أمر الأموال، فلم يلزم من إقامة المسبِّب مقام المباشر في أمر الدَّم بسبب زيادة صيانته إقامة المسبِّب مقام المباشر في حق الأموال.

لِأَنَّهُ كَالمَلْجَإِ إِلَى القَضَاءِ، وَفِي إِيجَابِهِ صَرْفُ النَّاسِ عَنْ تَقَلُّدِهِ وَتَعَذُّرُ اسْتِيفَائِهِ مِنَ المُدَّعِي لِأَنَّ الحُكْمَ مَاضٍ فَاعْتُبِرَ التَّسْبِيبُ، وَإِنَّمَا يَضْمَنَانِ إِذَا قَبَضَ المُدَّعِي المَالَ دَيْنًا

وإنا نقول: أمّا حديث عليّ رضي الله عنه فكان ذلك على سبيل التهديد؛ لأنّه صح من مذهب عليّ أن اليدين لا تقطعان بيد واحدة، وقد يُهدد الإمام بما لا يحقق له، قال عُمر رضي الله عنه: «ولو تقدمتُ في المتعة لرجمتُ»، والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق.

وأمّا الجواب عن الثاني فإن المسبب يقوم مقام المباشر في الأموال إذا تعذّر إيجاب الضمان على المباشر، كما في حفر البئر على قارعة الطريق، وهنا كذلك فيضاف إلى المسبب، وقد ذكرناه، وإلى هذا أشار في «المبسوط» في باب رجوع الشهود من كتاب الديات، وفي كتاب الرجوع عن الشهادات.

قوله: **لِأَنَّهُ كَالمَلْجَإِ إِلَى القَضَاءِ**، ولم يقل أنه ملجأ؛ لأنّه لو صار مُلجأً حقيقةً بشهادة الشهود على الحكم، لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد إذا ظهر كذبهم كما في المكره، كما هو مذهب الشافعي رحمه الله، وليس كذلك؛ وذلك لأنَّ الملجأ حقيقة هو من يخاف العقوبة الدنياوية، والقاضي هاهنا إنما يخاف العقوبة في الآخرة ولا يصير به ملجأً؛ لأنَّ كل واحد يقيم الطاعة خوفاً من العقوبة على تركها في الآخرة لا يصير به مكرهًا، ولكن لم يجب الضمان على القاضي هاهنا؛ لأنّه غير متعدٍ في القضاء، بل هو مباشر لما هو فرض عليه ظاهرًا فتعين الشهود لإيجاب الضمان عليهم، كذا في «المبسوط».

قوله: **وَإِنَّمَا يَضْمَنَانِ** - أي: الشاهدان يضمنان - **إِذَا قَبَضَ المُدَّعِي المَالَ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا؛ لِأَنَّ الإِتْلَافَ بِهِ** - أي: الإتلاف من المدَّعى عليه إنما - **يَتَحَقَّقُ**، بقبض المدَّعي ماله، وفي ذلك لا يتفاوت الحكم بين العين والدَّين، هذا الذي ذكره هو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وأمّا شيخ الإسلام رحمه الله فقد فرّق بين العين والدين فقال: إن كان المشهود به عينًا فللمشهود عليه أن يُضمّن الشاهد بعد الرجوع، قبض المشهود له العين من المشهود عليه أو لم يقبضه بعد، وإن كان المشهود به دينًا فليس للمشهود عليه أن يُضمّن الشاهدين للحال،

كَانَ أَوْ عَيْنًا؛ لِأَنَّ الإِتْلَافَ بِهِ يَتَحَقَّقُ، وَلِأَنَّهُ لا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ أَخْذِ العَيْنِ وَإِلْزَامِ الدَّيْنِ.

وإنما يضمنهما إذا استوفى المشهود له ذلك من المشهود عليه.

والفرق بينهما على ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله هو أن ما يجب على الشاهد من الضمان عند الرجوع ضمان إتلاف، وضمان الإتلاف مقيد بالمثل، فمتى كان المشهود به عينًا فالشاهدان أزالاه عن ملكه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها، ألا ترى أنَّ تصرف المشهود عليه فيه بعد ذلك لا ينفذ، فلو أزلنا العينَ عن ملكهما بأخذ الضمان منهما لا تنتفي المماثلة، أمَّا إذا كان المشهود به دينًا فالشاهدان ما أزالا عينًا عن ملكه، بل أو جبا عليه دينًا بغير حق، فلو استوفينا الضمان من الشهود قبل أن يستوفي المشهود له ذلك من المشهود عليه تنتفي به المماثلة؛ لأنَّ المستوفى عين والعين خير من الدين، وينظر إلى قيمة المشهود به يوم القضاء؛ لأنَّ وجوب الضمان عليهما بالإتلاف، والإتلاف حصل بالقضاء فتعتبر القيمة يوم القضاء، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط»: ولو شهدا على مال فقضى به القاضي فقبضه أو لم يقبضه، ثم رجعا ضمنا المال إذا أخذه المقضي له من المقضي عليه، وقبل الأخذ لا يضمنهما المقضي عليه شيئًا؛ لأنَّ تحقق النقصان عند تسليم المال إلى المقضي له، فأمَّا ما بقيت يده على ماله فلا يتحقق الخسران في حقه؛ ولأن الضمان تعذَّر بالمثل وهما أتلفا عليه دينًا حين ألزماه ذلك بشهادتهما، فلو ضمَّنهما قبل الأداء كان قد استوفي منهما عينًا بمقابلة الدين، ولا مماثلة بين العين والدين، وفي الأعيان إن ثبت الملك للمقضي له بقضاء القاضي، ولكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل؛ لأنَّ المال في يده ملكه، فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئًا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي.

وكذلك هذا في العقار؛ فإن بالشهادة الباطلة يضمن العقار كالمنقول؛ لأنَّ فيها إتلاف الملك واليد على المقضي عليه، والعقار يضمن بمثل هذا السبب، فإن إتلاف الملك يتحقق فيها، بخلاف الغصب على قول من يقول: العقار لا يضمن بالغصب، والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع؛ لأنَّه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبًا على الراجع مع بقاء الحق عند وجود مبقيه، وهو الشاهدان بأن شهد ثلاثةٌ ورجع واحدٌ، فلا يجوز

قَالَ: (فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِنَ النِّصْفَ) وَالأَصْلُ أَنَّ المُعْتَبَرَ فِي هَذَا بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ لا رُجُوعُ مَنْ رَجَعَ وَقَدْ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ نِصْفُ الحَقِّ (وَإِنْ شَهِدَا بِالمَالِ ثَلاثَةً

أن يجب ضمان الإتلاف على أحد مع أنه لم يتلف مال غيره بفعله.

فإن قيل: لو كان ثبوت الحق بشاهدين فرجع واحدٌ ينبغي أن يضمن الراجع كل الحق؛ لأنَّ الذي بقي فرد فلا يصلح لإثبات شيء من الحق ابتداءً، ولا يصلح لذلك لإبقاء شيء من الحق، قلنا: هذا معارض بمثله؛ لأنَّ الباقي كما هو فرد والراجع أيضًا فرد، والإتلاف إنما يكون في الشهادة بحسب الإثبات، والراجع كما لا يصلح لإثبات كل الحق بشهادته لا يصلح أيضًا لإتلاف كل الحق برجوعه.

وأمَّا قوله: فالباقي لا يثبت شيء من الحق بشهادته فلا يبقي نصف الحق ببقائه، قلنا: كم من شيء يصلح سببًا للبقاء بقدره، وإن كان لا يصلح للابتداء في شيء كما في قدر النصاب، فإن بعضه لا يصلح ابتداءً لشيء من وجوب الزكاة، ويصلح مبقيًا لبعض وجوب الزكاة بقدره.

وذكر في «الذخيرة»: يجب أن تعلم أن العبرة في باب الرجوع عن الشهادات في حق بقاء الحق ووجوب الضمان، لبقاء من بقي، لا لرجوع من رجع، حتى أنه إذا شهد ثلاثة نفر على رجل بدين ألف درهم مثلًا، وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجع اثنان منهم ضمنا نصف المال، ولو رجع واحد منهم فلا ضمان على الراجع؛ وهذا لأنَّ وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين؛ لأنَّ ما زاد على الشاهدين في هذه الحقوق فضلٌ في حق القضاء، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء، ووجوب الحق إلى الكل لضرورة المزاحمة لاستواء حالهم، فإذا رجع واحد منهم زالت المزاحمة لزوال الاستواء، فظهر أنَّ القضاء كان مضافًا إلى شهادة المثنى.

إذا ثبتَ هذا فنقول: إذا شهدَ بالحق ثلاثةٌ ورجع واحد منهم فقد بقي من يقوم بشهادته جميع الحق فلا يضمن الراجع شيئًا، وإذا رجع اثنان منهم فقد بقي من يقوم بشهادته نصف الحق، فكان الحقُّ التالف بشهادة الراجعين نصف الحق، فيجب ضمان ذلك النِّصف عليهما

فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ بَقِيَ بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بَاقٍ بِالحُجَّةِ، وَالمُتْلِفُ مَتَى اسْتَحَقَّ (سَقَطَ الضَّمَانُ فَأَوْلَى أَنْ يَمْتَنِعَ) فَإِنْ رَجَعَ الآخَرُ ضَمِنَ (الرَّاجِعَانِ نِصْفَ المَالِ) لِأَنَّ بِبَقَاءِ أَحَدِهِمْ يَبْقَى نِصْفُ الحَقِّ (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعَتِ امْرَأَةٌ ضَمِنَتْ رُبُعَ الحَقِّ) لِبَقَاءِ ثَلَاثَةِ الأَرْبَاعِ بِبَقَاءِ مَنْ بَقِيَ (وَإِنْ رَجَعَتَا ضَمِنَتَا نِصْفَ الحَقِّ) لِأَنَّ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ بَقِيَ نِصْفُ الحَقِّ (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشَرَةُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعَ ثَمَانٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِنَّ) لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى

لاستوائهما في ذلك.

قوله: وَهَذَا لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بَاقٍ بِالحُجَّةِ - أي: استحقاق المشهود به للمدعي باق بالحجة، وهي بقاء شهادة الشاهدين - وَالمُتْلِفُ مَتَى اسْتَحَقَّ سَقَطَ الضَّمَانُ - أي: عن المتلف - فَأَوْلَى أَنْ يَمْتَنِعَ، أي: الضمان؛ لأنَّ المنع أسهل من الدفع.

صورته: إذا أتلف إنسانٌ مال زيد مثلًا فقضى القاضي لزيد على المتلف بالضمان ثم استحق ذلك العين المتلف عمرو، وأخذ الضمان من المتلِف سقط الضمان الثابت على المتلِف بقضاء القاضي لزيد، وهاهنا أيضًا الحق ثابت للمدعي ببقاء شهادة الشاهدين ورجوع الراجع وإن كان موجبًا للضمان عليه، فبقاء حق المدَّعي ببقاء شهادته مانعًا للضمان بالطريق الأولى فلا يضمن.

وهذا معنى ما ذكره في «المبسوط» بقوله: وقد بقي على الشهادة حجة تامة فلا يضمن الراجع شيئًا؛ لأنَّ الراجع وإن زعم أنه متلف بشهادته عليه، فما أتلفه يستحق عليه بشهادة غيره، واستحقاق ذلك عليه بالحجة يمنعه من الرجوع عليه بالضمان، كمن غصب مال إنسان أو أتلفه ثم استحق ذلك المال بالبيِّنة، فلا ضمان للمتلِف عليه على المتلف إذا لم يضمنه المستحق شيئًا.

قوله: فَإِنْ رَجَعَ الآخَرُ ضَمِنَ الرَّاجِعَانِ نِصْفَ المَالِ، فإن قيل: ينبغي أن لا يجب

بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ (فَإِنْ رَجَعَتْ أُخْرَى كَانَ عَلَيْهِنَّ رُبْعُ الحَقِّ) لِأَنَّهُ بَقِيَ النِّصْفُ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ وَالرُّبْعُ بِشَهَادَةِ البَاقِيَةِ فَبَقِيَ ثَلَاثَةُ الأَرْبَاعِ (وَإِنْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَالنِّسَاءُ فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسُ الحَقِّ وَعَلَى النِّسْوَةِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا عَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ وَعَلَى النِّسْوَةِ النِّصْفُ) لِأَنَّهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ يَقُمْنَ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَلِهَذَا لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ إِلَّا بِانْضِمَامِ رَجُلٍ وَاحِدٍ.

الضمان على الراجع الأول أصلًا؛ لأنَّ المعتبر هو بقاء من بقي، وبعد رجوع الأول كان نصاب الشهادة موجودًا وهو شهادة الشاهدين، حتى أنه كان لا يضمن برجوعه بنفسه حين رجع، ثمَّ لو ضمن للأول برجوع الثاني كان رجوع الثاني مؤثرًا في ضمان الأول، ولا يؤاخذ أحد بجناية غيره قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

قلنا: رجوع الأول كان مؤثرًا في ضمانه حين رجع، لكن لم يظهر وجوب الضمان عليه لبقاء حق المدَّعي على حاله بدليله وهو بقاء الشاهدين، فلمَّا رجع واحد من ذلك الشاهدين الباقين الآن ظهرَ أنَّهما أتلفا نصف الحق على المدَّعى عليه، فأضيف ضمان الحق إلى الراجعين جميعًا؛ لأنَّ أحدهما ليس بأوْلَى من الآخر في حق إيجاب الضمان، فكان الضمانُ عليهما.

وذكر في «شرح الأقطع»: وهذا كما يلزم الضمان جميع الشهود إذا رجعوا وهم ثلاثة، ولا يقول واحد منهم: لو رجعتُ وحدي لم يلزمني الضمان؛ لأنَّي كنتُ ثالثهم فيجبُ أن لا يلزمني الضمان عند رجوع غيري بل يجب الضمان على الكل، فكذا هنا.

قوله: وَلِهَذَا لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ إِلَّا بِانْضِمَامِ رَجُلٍ وَاحِدٍ، ألا ترى أن الحجة لا تتم ما لم يشهد معهن رجل، فكانت الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصف المال، يُوضحه: أن الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة، ولهذا لا تتم الحجة إلا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء، وإذا ثبتَ نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع، والنصف الآخر ثبت بشهادة النساء فعليهن ضمانه عند الرجوع.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ قَامَتَا مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ، «قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي نُقْصَانِ عَقْلِهِنَّ عُدِلَتْ شَهَادَةُ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ» فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ بِذَلِكَ سِتَّةُ رِجَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا (وَإِنْ رَجَعَ النِّسْوَةُ العَشَرَةُ دُونَ الرَّجُلِ كَانَ عَلَيْهِنَّ نِصْفُ الحَقِّ عَلَى القَوْلَيْنِ) لِمَا قُلْنَا (وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ بِمَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ المَرْأَةِ) لِأَنَّ الوَاحِدَةَ لَيْسَتْ بِشَاهِدَةٍ بَلْ هِيَ

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: كل امرأتين في الشهادة يقومان مقام الرجل الواحد، فعشرة نسوة كخمسة من الرجال، وهذه المسألة بمنزلة ما لو شهد ستة من الرجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم أسداسًا، ودليل صحة هذا الكلام أن حكم الشهادة كحكم الميراث، وفي الميراث عند كثرة البنات مع الابن يُجعل كل اثنتين كابن واحدٍ، ولم يجعل هناك حالة الاختلاط كحالة انفراد البنات، فعند الانفراد لا يزاد لهن على الثلثين، ثم عند الاختلاط يجعل كل ابنتين كابن فكذلك في الشهادة؛ وهذا لأنَّ النقصان عن أدنى العدد في الشهادة يمنع القضاء، فأمَّا الزيادة على النصاب فمعتبرة في أن القضاء يكون بشهادة الكل، فبكثرة النساء عند وجود الرجل يزداد النصاب، ويكون القضاء بشهادة الكل على أن كل امرأتين كرجل واحد فعند الرجوع كذلك يقضي بالضمان، كذا في «المبسوط».

قوله: عَلَيْهِنَّ نِصْفُ الحَقِّ عَلَى القَوْلَيْنِ - أي: بالاتفاق - **لِمَا قُلْنَا**، وهو **قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ المُعْتَبَرَ فِي هَذَا بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ**؛ وهذا لأنَّه لمَّا بقيَ نصف الحق ببقاء الرجل كان التألف نصفًا برجوع النسوة العشرة، ثم كل واحدة منهن ليست بأَوْلَى من الآخر في التضمين، فيضمن كلهن.

وذكر في «المبسوط»: ولو رجع ثمانِي نسوة لم يكن عليهن شيء؛ لأنَّه قد بقيَ على الشهادة من يثبت الاستحقاق بشهادته وهو رجلٌ وامرأتان، فإن رجعت امرأةٌ بعد ذلك كان عليها وعلى الثمانِي ربع المال؛ لأنَّ الحجة إنما بقيت في ثلاثة أرباع الحق، فيجب الضمان بقدر من عدمت الحجة، وليس البعض بأَوْلَى من البعض في وجوب ذلك عليه، فلهذا ضمن

بَعْضُ الشَّاهِدِ فَلَا يُضَافُ إِلَيْهِ الحُكْمُ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى امْرَأَةٍ بِالنِّكَاحِ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا ثُمَّ رَجَعَا فَلَا ضَمَانَ

التسع ربع المال عليهن بالسَّوية، فإن رجعت العاشرة فعليها وعلى التسع نصف المال.

أمَّا عندهما فظاهرٌ؛ لأنَّ الثابت بشهادتهنَّ نصفُ المال، وعند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنَّه بقي على الشهادة من يثبت نصف الحال بشهادته، بمنزلة ما لو شهد ستة من الرجال ثم رجعَ خمسة فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ المَرْأَةِ؛ لِأَنَّ الوَاحِدَةَ لَيْسَتْ بِشَاهِدَةٍ؛ وذلك لأنَّ المرأتين كشاهد واحد، والمرأة الواحدة شطر العلة في كونها شاهدة، وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم، فكان القضاء بشهادة رجلين دون المرأة، فكذلك لا تضمن عند الرجوع شيئًا.

وأمَّا لو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعوا فالضمان أثلاث؛ لأنَّ المرأتين قامتا مقام رجل واحد فكأنه شهد ثلاثة بالمال ثم رجعوا، ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال؛ لأنَّ الحجة بقيت في نصف المال فقد بقيت امرأتان على الشهادة.

ثم هذا النصف عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على الرجل خاصة؛ لما بينا أن عندهما نصف المال متعين في أنَّه ثابت بشهادة الرجل، ونصفه ثابت بشهادة النساء، وقد بقي من النساء على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته، فعرفنا أن الحجة انعدمت في النصف الذي هو ثابت بشهادة الرجل خاصة، فيكون الضمان عليه دون المرأة، وينبغي في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن يكون النصف أثلاثًا على الرجل والمرأة؛ لأنَّ القضاء هاهنا بشهادة الكل، وكل امرأة منهن إذا ضممتها إلى أخرى كانتا شاهدًا، فلا يكون محالًا به على شهادة البعض دون البعض، وقد بقيت الحجة في نصف الحق فيجب ضمان نصف الحق على الراجعين أثلاثًا؛ لأنَّ الثابت بشهادة الرجل ضعف ما ثبتَ بشهادة المرأة، ولو رجعوا جميعًا كان على الرجل النصف وعلى النسوة النصف في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وفي قول أبي حنيفة رحمه الله على الرجل خُمسا المال وعلى النسوة ثلاثة أخماسه كما ذكرنا، كذا في «المبسوط».

وحاصله أن النسوة وإن كثرن فعندهما أُقمن مقام رجل واحد حالة الاختلاط والانفراد

عَلَيْهِمَا، وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدَا بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا)؛

جميعًا، ثم في شهادة رجل وثلاث نسوة كان نصف المال ثابتـًا بشهادة النسوة، والنصف ثابتـًا بشهادة الرجل، ثم إذا بقيَ امرأتان على الشهادة عند رجوع رجل وامرأة فقد بقي منهن من يقوم بشهادته نصف المال، فعرفنا أن الحجة قد بطلت في حق النصف الثابت بشهادة الرجل خاصة، فكان ضمان ذلك عليه، وعلى قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه يجب أن يكون ضمان ذلك النصف على الرجل والمرأة الراجعة أثلاثـًا؛ لأنَّ عنده كل اثنتين من النساء حالة الاختلاط أقيم مقام رجل واحد، فكان كل امرأة قائمة مقام نصف رجل، فإذا كانت المرأة أثلاثـًا والرجل واحدًا صار كأنه شهد رجلان ونصف رجل ثم رجع رجل ونصف رجل، ولهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا رجعوا جملة في هذه الصورة كان الضمان على الرجل والنِّسوة أخماسًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدَا بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا، أي: لا ضمان عليهما وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: يضمنان لها ما زاد على ما شهدا إلى تمام مهر مثلها.

وأصل المسألة ما إذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلاث بعد الدخول، ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنا شيئـًا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يضمنان للزوج مهر المثل، وكذلك إن قتل امرأةً رجلٌ لم يضمن القاتل شيئـًا من المهر عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يضمن مهر المثل.

وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم تغرم للزوج شيئـًا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله للزوج مهر المثل عليها إن ارتدت؛ لأنَّ البضع متقوم، بدليل أنه متقوم عند دخوله في ملك الزوج فيتقوم عند خروجه من ملكه أيضًا؛ لأنَّه إنما يخرج من ملكه عين ما دخل في ملكه، فمن ضرورة التقوُّم في إحدى الحالتين التقوم في الحالة الأخرى كملك اليمين، فإنه يتقوم عند ثبوته ابتداءً ويتقوم أيضًا عند الإزالة بطريق الإبطال وهو العتق، حتى يضمن شهود العتق القيمة إذا رجعوا.

وإذا ثبت التقوُّم قلنا: المتقوم مضمون بالإتلاف مالًا أو غيرمال كالنفس، وحجتنا في ذلك أن البُضع غير مضمون بالمال عند الإتلاف؛ لأنَّ ضمان الإتلاف يتقدر بالمثل ولا مماثلة

لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَ الإِتْلَافِ لِأَنَّ التَّضْمِينَ يَسْتَدْعِي الْمُمَاثَلَةَ عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِنَّمَا تُضْمَنُ وَتُتَقَوَّمُ بِالتَّمَلُّكِ لِأَنَّهَا تَصِيرُ مُتَقَوِّمَةً ضَرُورَةَ الْمِلْكِ إِبَانَةً

بين البُضع والمال صورةً ومعنًى، فأمَّا عند دخوله في ملك الزوج المتقوم هو المملوك دون الملك الوارد عليه، وكان تقومه لإظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مضموناً عن الابتذال ولا تملك مجاناً، فإنما يملك المرء مجانًا لا يعظم خطرُه عنده، وذلك محل له خطر مثل النفوس؛ لأنَّ النسل يحصل به، وهذا المعنى لا يحصل في طرف الإزالة، فإنها لا يتملك على الزوج شيئاً ولكن يبطل ملك الزوج عنها، ألا ترى أنَّ ما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود والولي لا يشترط شيء منه عند الإزالة، وإن الأب لو زوج ابنه الصغير بماله يصح ذلك، ولو خلع ابنته الصغيرة بمالها من زوجها لم يصح ذلك، وهذا بخلاف ملك اليمين فهو ملك مال، والمال مثل للمال صورةً ومعنًى، فعند الإتلاف يضمن بالمال.

فأمَّا تقوم النفس بالدية عند الإتلاف فللصيانة عن الهدر، وإظهار خطر المحل، وهذا لا يوجد في ملك القصاص فالعفو مندوبٌ إليه، فيكون إهداره حسناً بهذا الطريق؛ لأن القصاص حياة حكماً، وفي العفو حياة حقيقةً، فلا يمكن إيجاب الضمان على المتلف هنا لمعنى الصيانة، فلذلك لم يضمن شهود العفو عن القصاص إذا رجعوا عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ؛ لأنَّ التقوم يتحقق عند الإحراز والإحراز لا يمكن في الإعراض، وكذلك سائر المنافع لا يضمن بالإتلاف على ما يجيء في الغصب إن شاء الله تعالى.

وذكر في «شرح الطحاوي»: أن رجلًا لو ادَّعى أنه استأجر الدار من هذا الرجل بعشرةٍ وأجّر مثلها مائة، والمؤاجر ينكر ذلك فشهد بذلك شاهدان ثم رجعا فلا ضمان عليهما؛ لأنَّهما أتلفا المنفعة عليه، ومتلف المنفعة لا ضمان عليه.

فإن قلتَ: ينبغي أن يضمن الشاهدان للمرأة ما زاد على ما شهدا إلى تمام مهر مثلها في هذه الصورة، وهي ما إذا شهدا عليها بالنكاح بأقل من مهر مثلها؛ لأنَّهما أتلفا الزيادة

لِخَطَرِ المَحَلِّ (وَكَذَا إذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ يَتَزَوَّجُ امْرَأَةً بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا)؛ لِأَنَّهُ إتْلَافٌ بِعِوَضٍ لِمَا أَنَّ البُضْعَ مُتَقَوِّمٌ حَالَ الدُّخُولِ فِي المِلْكِ وَالإِتْلَافُ بِعِوَضٍ كَلَا إتْلَافٍ، وَهَذَا لِأَنَّ مَبْنَى الضَّمَانِ عَلَى المُمَاثَلَةِ وَلا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ الإِتْلَافِ بِعِوَضٍ وَبَيْنَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ (وَإِنْ شَهِدَا بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الزِّيَادَةَ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهَا مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ.

على المسمى من منافع بضعها بغير عوض من حيث الحكم، وإتلاف منافع البضع حقيقةً بغير عوض يوجب الضمان، كما قالوا في المجنون إذا أكره امرأةً وزنى بها فإنه يجب مهر المثل، فكذا الإتلاف من حيث الحكم ينبغي أن يوجب الضمان إظهارًا لخطر البضع، كما في المال يجب إلى تمام القيمة.

قلتُ: القياس يقتضي أن لا يضمن منافع البضع بالإتلاف الحقيقي أيضًا؛ لأنَّ القياس هو أن لا يضمن ما ليس بمال بالمال، وإنما وجب المال في فصل المجنون بالإتلاف الحقيقي شرعًا بخلاف القياس، تعظيمًا لأمر البضع، والنص الوارد في الإتلاف الحقيقي بخلاف القياس لا يكون واردًا في الإتلاف الحكمي؛ لأنَّ الإتلاف الحكمي دون الإتلاف الحقيقي، فرد هذا إلى ما يقتضيه القياس، بخلاف ضمان المال عند الإتلاف، فإن ذلك موافق للقياس لكونه إتلاف الأعيان لا المنافع، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

وقوله: لِأَنَّهُ إتْلَافٌ بِعِوَضٍ لِمَا أَنَّ البُضْعَ مُتَقَوِّمٌ حَالَ الدُّخُولِ فِي المِلْكِ، يعني: لو أتلف مال الزوج في مقدار مهر مثل المرأة، فقد عوضاه منافع بضع المرأة بمقابلة ذلك المال فلا يضمنان، كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا.

فإن قيل: منافع البُضع كيف تصلح عوضًا عن المهر وأن المرأة غير مال ومنافع البُضع ليست بعين مال، بدليل أنه يثبت الحيوان دينًا في الذمة بدلًا عنها، قلنا: منافع البُضع حالة الدخول في الملك أعطى لها حكم المال شرعًا، بدليل أن الشرع جوَّز للأب أن يزوج ابنه الصغير امرأةً بمهر مثلها من مال الصغير، والوالد لا يملك إزالة ملك الصغير إلا بعوض

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا بِبَيْعِ شَيْءٍ بِمِثْلِ القِيمَةِ أَوْ أَكْثَرَ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَا)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ مَعْنًى نَظَرًا إِلَى العِوَضِ (وَإِنْ كَانَ بِأَقَلَّ مِنَ القِيمَةِ ضَمِنَا النُّقْصَانَ)؛ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا هَذَا الجُزْءَ بِلَا عِوَضٍ.

يعدله، ألا ترى أنه لو خالع ابنته الصغيرة بمالها لم يجز وإن كان المسمى مثل مهر مثلها، فلمَّا جوز الشرع للأب النكاح لابنه الصغير بماله علمنا أن المنافع البُضع اعتبرت مالًا عند الدخول في الملك فصلحت عوضًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَإِنْ كَانَ بِأَقَلَّ مِنَ القِيمَةِ ضَمِنَا النُّقْصَانَ؛ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا هَذَا الجُزْءَ بِلَا عِوَضٍ، هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن، فأمَّا إذا شهدا بالبيع ونقد الثمن ثم رجعا عن شهادتهما فهذا على وجهين:

الأول: أن يشهدا على البيع وإيفاء الثمن بشهادة واحدةٍ، بأن شهدا أنه باع هذه الدار منه بألف درهم وأوفاه الثمن، وفي هذا الوجه القاضي يقضي عليهما بقيمة المبيع للبائع ولا يقضي بالثمن.

والثانِي: أن يشهدا على البيع وإيفاء الثمن بشهادتين مختلفتين، بأن شهدا على البيع أولًا ثم شهدا أن المشتري أوفاه الثمن، وفي هذا الوجه القاضي يقضي عليهما بالثمن للبائع، والفرق بينهما أنَّهما إذا شهدا بالبيع وإيفاء الثمن بشهادة واحدة فالمقضي به المبيع دون الثمن؛ لأنَّه لا يمكن للقاضي القضاء بإيجاب الثمن؛ لأنَّه لا يقارن القضاء بالثمن ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء، ولهذا قلنا: لو شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده من هذا الرجل وأقاله، بأن شهدا على البيع والإقالة بشهادة واحدة فالقاضي لا يقضي بالبيع؛ لأنَّه قارن القضاء بالبيع ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة، كذا هاهُنا، فكذلك ضمنا قيمة المبيع عند الرجوع دون الثمن؛ لأنَّ المبيع هو المقضي به، وزال المبيع بلا عوض فيضمنان.

وأمَّا إذا شهدا بالبيع وإيفاء الثمن بشهادتين مختلفتين فالثمن يقضى به؛ لأنَّ القضاء بالثمن ممكن؛ لأنَّه لم يقارن القضاء بالثمن ما يوجب سقوطه؛ لأنَّ حال ما شهدا بالبيع لم يشهدا بالإيفاء وإنَّما شهدا بالإيفاء بعد ذلك، وإذا صار الثمن مقضيًّا به فإذا رجعا

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بَاتًّا أَوْ فِيهِ خِيَارُ الْبَائِعِ، لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْبَيْعُ السَّابِقُ فَيُضَافُ الْحُكْمُ عِنْدَ سُقُوطِ الْخِيَارِ إِلَيْهِ فَيُضَافُ التَّلَفُ إِلَيْهِمْ (وَإِنْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا نِصْفَ الْمَهْرِ)؛

عن شهادتهما ضمنا الثمن ولم يضمنا قيمة المبيع، وإن صار المبيع مقضيًّا به في هذه الحالة مع الثمن؛ لأنَّ إزالة المبيع حصلت بعوض فلا يضمنان قيمة المبيع ويضمنان الثمن؛ لأنَّ الثمن مقضي به، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بَاتًّا أَوْ فِيهِ خِيَارُ الْبَائِعِ، لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْبَيْعُ السَّابِقُ، هذا كله جواب لسؤال مقدر، ذكر ذلك السؤال والجواب في «المبسوط» وقال:

وإذا شهد شاهدان على الرجل أنه باعه عبده هذا بألف درهم وهو يساوي ألفين على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام، فقضى القاضي بذلك ثم مضت الثلاث فوجب البيع ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا فضل ما بين القيمة والثمن؛ لأنَّهما أتلفاه بشهادتهما بغير عوض.

ثم قال: فإن قيل: لا كذلك، فالبيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملكه عن المبيع، وقد كان متمكنًا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة، فإنه إذا لم يفعل كان راضيًا بهذا البيع، فينبغي أن لا يضمن الشاهدان شيئًا.

قلنا: زوال الملك وإن كان يتأخر إلى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به، ولهذا استحق المشتري بزوائده فكان الإتلاف حاصلاً بشهادتهم، فالبائع كان منكرًا لأصل البيع فمع إنكاره لا يمكن أن يتصرف بحكم الخيار؛ لأنه إذا تصرَّف بحكم الخيار يصير مقرًّا بالبيع ويتبين للناس كذبه، والعاقل يتحرز عن ذلك بجهده، فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في إسقاط الضمان عن الشهود، فلو أوجب البيع في الثلاث لم يضمن له الشاهدان شيئًا؛ لأنَّه صار مقرًّا بالبيع مزيلًا ملكه باختياره، فلا يكون الشاهد متلفًا عليه بشهادته.

وكذلك لو كان شرط الخيار للمشتري وهو منكر للشراء وفي قيمة العبد نقصان عن الثمن، فإن سكت المشتري حتى مضت المدة ضمن المشهود له النقصان عند الرجوع، وإن اختار البيع قبل الثلاث لم يضمنا شيئًا؛ لما بينا في جانب البائع.

لِأَنَّهُمَا أَكَّدَا ضَمَانًا عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَوْ طَاوَعَتِ ابْنَ الزَّوْجِ أَوِ ارْتَدَّتْ سَقَطَ الْمَهْرُ أَصْلًا وَلِأَنَّ الْفُرْقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مَعْنَى الْفَسْخِ فَيُوجِبُ سُقُوطَ جَمِيعِ الْمَهْرِ كَمَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، ثُمَّ يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ ابْتِدَاءً بِطَرِيقِ الْمُتْعَةِ فَكَانَ وَاجِبًا بِشَهَادَتِهِمَا.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا قِيمَتَهُ)؛ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا مَالِيَّةَ الْعَبْدِ عَلَيْهِ

قوله: لِأَنَّهُمَا أَكَّدَا ضَمَانًا عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ، لجواز أن تجيء الفرقة من جهتها بأن ارتدت والعياذ بالله، أو طاوعت ابن زوجها فيسقط المهر أصلًا، وعلى المؤكِّد ما على الموجب، ألا ترى أن محرمًا لو أخذ صيدًا في الحرم فجاء رجل فذبحه في يده فإنه يجب الجزاء على المحرم ويرجع بذلك على القاتل؛ لأنَّه أكد الجزاء عليه وكان على شرف السقوط بأن يخلي سبيله، كذلك هاهنا، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: وَلِأَنَّ الْفُرْقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مَعْنَى الْفَسْخِ، وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ؛ لأنَّ النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ، لكن لمَّا عاد كل المبدل وهو البُضع إلى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض، وفي كل موضع إذا تمَّ الفسخ يُجعل كأنَّ العقد لم يجر بين المتعاقدين لعود ما كان لهما إلى ملكهما كملًا، فعلى هذا التقدير كان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداءً؛ لكون العقد بسبب الفسخ كأن لم يكن، وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين، فعند الرجوع يضمنان للزوج ما أتلفا عليه من وجوب نصف المهر.

وقوله: كَمَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، أي: في باب المهر.

قوله: وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ - وقضى القاضي به - ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا قِيمَةَ العبد؛ لأنَّهما أتلفا عليه ملكًا هو مال متقوم فيضمنان موسرين كانا أو مُعسرين؛ لأنَّ هذا ضمان إتلاف الملك، وإنه لا يختلف باليسار والإعسار، ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت

مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ وَالوَلاءُ لِلْمُعْتِقِ؛ لِأَنَّ العِتْقَ لا يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِمَا بِهَذَا الضَّمَانِ فَلَا يَتَحَوَّلُ الوَلاءُ (وَإِنْ شَهِدُوا بِقِصَاصٍ ثُمَّ رَجَعُوا بَعْدَ القَتْلِ ضَمِنُوا الدِّيَةَ وَلا يُقْتَصُّ مِنْهُمْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُقْتَصُّ مِنْهُمْ لِوُجُودِ القَتْلِ مِنْهُمْ تَسَبِيبًا فَأَشْبَهَ

الولاء للمولى؛ لأنَّ الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضاً عما أتلفا عليه من ملك المال، ولو شهدا عليه أنه دبَّره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير؛ لأنَّهما أوجبا حق العتق للعبد، وبذلك ينتقض ملك المالية للمولى فيضمنان ذلك النقصان، وقد بينا مقدار نقصان التدبير في العتاق.

وأمَّا شهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد، بخلاف شهود التدبير؛ فإنَّهم يضمنون النقصان عند الرجوع دون قيمة العبد، والفرق بينهما أن الشاهدين في الكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما عليه، فكانا بمنزلة الغاصبين فيضمنان قيمته، بخلاف التدبير؛ فإنَّهما ما حالا بين المولى وبين مدبره، لكن انتقص بالتدبر مالية العبد فيضمنان النقصان.

ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها؛ لأنَّهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته، ولا يُعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه؛ لأنَّه قبل رجوع الشاهدين ما كان يعتق إلا بعد أداء جميع الألف إلى المولى، فكذلك حالته مع الشاهدين بعدما ضمن القيمة، فإذا أدَّاه عتق والولاء للذي كاتبه؛ لأنَّ الشاهدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه، فأداؤه إليهما كأدائه إلى المولى، وإن عجز ورد في الرق كان لمولاه؛ لأنَّ رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين، فالمكاتب ليس بمحل النقل من ملك إلى ملك، فرجوعهما غير صحيح في حقه، ويرد المولى ما أخذ من الشهود عليهم؛ لأنَّ الحيلولة قد زالت بعجز المكاتب، فهو نظير غاصب المدبر إذا ضمن القيمة بعد ما أبق ثم رجع فيكون مردودًا على مولاه، ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه، كذا في «المبسوط»، و«المغني».

ولو كان مكان العبد أمةٌ فشهد شاهدان على إقرار المولى أنَّها ولدت منه والمولى ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا، فهذا على وجهين: إمَّا أن يكون معها ولد أو لم يكن،

الْمُكْرِهَ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّ الوَلِيَّ يُعَانُ وَالْمُكْرِهَ يُمْنَعُ. وَلَنَا أَنَّ القَتْلَ مُبَاشَرَةً لَمْ يُوجَدْ، وَكَذَا تَسْبِيبًا؛

أمَّا إذا لم يكن معها ولد فإنَّهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنًّا، وتقوم أم ولدة أن لو جاز بيعها فيضمنان النقصان، وفيه تفريعات كثيرة مذكورة في «شرح الطحاوي».

فإن قيل: ففي مسألة الكتاب ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى؛ لأنه ينكر العتق.

قلنا: بقضاء القاضي بالحجة صار مكذبـًا شرعـًا؛ لأنَّ القاضي لمَّا قضى بالعتق من المولى تبعه الولاء.

وقوله: وَالْمُكْرِهَ يُمْنَعُ، بنصب الراء على صيغة اسم المفعول؛ لأنَّ الشاهد بمنزلة المكرِه والولي بمنزلة المكرَه، يعنِي: لمَّا كان المكرَه يمنع كان الإكراه أقل إفضاءً إلى القتل فكان قاصرًا في الإفضاء، ثم المكرِه مع ذلك يقتل قصاصًا مع قصوره في الإفضاء إلى القتل، فأوْلَى أن يقتل الشاهد قصاصًا لكمال الشهادة في الإفضاء إلى القتل؛ لأنَّ ولي المقتول يعان في الاستيفا فكانت الشهادة أكثر إفضاءً إلى القتل.

قوله: وَلَنَا أَنَّ القَتْلَ مُبَاشَرَةً لَمْ يُوجَدْ، - فانتصاب مباشرةً على التمييز - وَكَذَا تَسْبِيبًا، وإنَّما ألحق التسبيب بالمباشرة في حق القتل؛ لأنَّ عند الشافعي رحمه الله المسبب بمنزلة المباشر في وجوب القصاص.

وذكر في «الأسرار»: ومن مشايخنا من قال في تعليل المسألة بأن الشهود مسببون إلا أنه ضعيف؛ لأنَّ المذهب عنده أن المسبب والمباشر واحد ألا ترى أنه يلزمه الكفارة، إلا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير؛ لأنَّ الحفر لا يُعدّ للقتل وضعًا كالضرب بسوط صغير مرَّة أو مرَّتين، فأمَّا الشهادة فطريق مسلوك لأخذ ما يثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل.

ولكنا نقول: لمَّا ثبت من مذهبنا أن الولي لا يقتل وقد باشر القتل مختارًا لا بإلزام الشهود، فإنه إن شاء عفا ثم لم يلزمه القصاص للشبهة، فالشُّهود الذين يصيرون بالشهادة

لِأَنَّ التَّسْبِيبَ مَا يُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَهَاهُنَا لا يُفْضِي لِأَنَّ العَفْوَ مَنْدُوبٌ،

متلفين حكماً أوْلَى؛ لأنَّ الضمان بالقتل الذي باشره الولي لا بالقضاء وحده.

وفي «المبسوط»: وحجتنا في ذلك أن الشاهد مسبِّب للقتل والمسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر؛ وهذا لأنَّه يعتبر في القصاص المساواة ولا مساواة بين التسبيب والمباشرة، وبيان الوصف أن المباشر هو الولي وهو طائع مختار في هذه المباشرة، فعرفنا أن الشاهد غير مباشر حقيقةً ولا حكماً ولا معنًى؛ لما ذكره من الإلجاء؛ لأنَّ القاضي إنما يخاف العقوبة في الآخرة ولا يصير ملجئاً، فكل أحد يقيم الطاعة خوفاً من العقوبة على تركها في الآخرة ولا يصير به مكرهاً.

ثم لما لم يجب القود عليهما عندنا كان عليهما الدية إن رجعا، وعلى أحدهما نصف الدية إن رجع؛ لأنَّ كل واحد منهما مسبِّب لإتلاف نصف النفس، فإن رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيًّا فلولي المقتول الخيار بين أن يضمن الشاهدين الدية وبين أن يضمن القاتل؛ لأنَّ القاتل متلف للنفس حقيقةً والشهود متلفون لها حكماً، والإتلاف الحكمي في حكم الضمان كالإتلاف الحقيقي، فكان له أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الولي الدية لم يرجع على الشاهدين بشيءٍ؛ لأنَّه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره، وإن ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي أيضًا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يثبت لهما حق الرجوع على الولي بما ضمنا؛ لأنَّهما ضمنا بشهادتهما وقد كانا عاملين فيه للولي، فيرجعان عليه بما يلحقهما من الضمان، كما لو شهدا بالقتل الخطأ أو بالمال فقضى القاضي واستوفى المشهود له ثم رجعوا جميعًا وضمن المشهود عليه الشاهدين كان لهما أن يرجعا على المشهود له.

ولا يقال: هناك قد ملكا المقبوض بالضمان وهنا لم يملكا؛ لأنَّ القصاص لا يملك بالضمان والمشهود به هو القصاص؛ لأنَّا نقول: إنَّهما إن لم يملكا فقد قاما مقام من ضمنهما في الرجوع على القاتل، بمنزلة من غصب مدبرًا فغصبه آخر منه ثم ضمن المالك الغاصب الأول فإنه يرجع بالضمان على الثاني، وإن لم يملك المدبر بالضمان ولكنه قام مقام من ضمنه؛ وهذا لأنَّ القصاص مما يملَّك في الجملة، حتى ملكه ولي القصاص وله بدل متقوَّم

....

محتمل للتملُّك فيكون السبب معتبرًا على أن يعمل في بدله عند تعذر إعماله في الأصل، كاليمين على مسِّ السماء ينعقد في إيجاب الكفارة الذي هو خلف عن البر، لمَّا كان الأصل وهو البر متوهم الوجود في الجملة، وعلى هذا غاصب المدبر فإن المدبر متقوم مملوك في الجملة فينعقد السبب للغاصب الأول فيه على أن يعمل في بدله حتى رجع بالضمان على الغاصب الثانِي.

وكذلك شهود الكتابة إذا رجعوا وضمنوا للمولى القيمة كان لهم أن يرجعوا على المكاتب ببدل الكتابة ولم يملكوا رقبة المكاتب، ولكن لمَّا كان المكاتب مملوكـًا انعقد السبب في حقهم على أن يكون عاملًا في بدله وهو بدل الكتابة، فيملكون بدل الكتابة بذلك، وإن لم يملكوا رقبة المكاتب فهذا مثله.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: الشهود ضمنوا لإتلافهم المشهود عليه حكمـًا، والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره كالولي؛ وهذا لأنَّهم لم يكونوا متلفين ما كانوا ضامنين مع المباشر للإتلاف؛ لأنَّ مجرَّد السبب سقط اعتباره في مقابلة المباشرة، ألا ترى أنه لو دفع إنسانـًا في بئر حفرها غيره في الطريق كان الضمان على الدافع دون الحافر، وهنا لمَّا ضمن الشهود عرفنا أنَّهم جناة متلفون للنفس حكمـًا، وإن كان تمام ذلك الإتلاف عند استيفاء الولي، فإن استيفاء الولي بمنزلة شرط مقدَّر لجنايتهما، ومن ضمن بجنايته عن النفس لا يرجع على غيره، وأمَّا في الخطأ فإنما يرجع؛ لأنَّه ملك المقبوضَ وهو الدية، وقد أتلفه المستوفي بتصرفه إلى حاجته، وهذا سبب آخر موجب للضمان عليه للشاهد وكذلك الشاهدان بالمال.

وقوله: فإنه ينعقد السببُ موجبـًا الملكَ له على أن يعمل في بدله، قلنا: هذا أن لو كان للأصل توهمُ الملك بالضمان، وليس في القصاص توهم الملك بالضمان بحال، فلا ينعقد السبب باعتبار الخلف كيمين الغموس، ثم لو كان القصاص ملكـًا لهما لم يضمنه المتلف عليهما، كما إذا شهدا على الولي بالعفو، أو قيل: من عليه القصاص إنسان آخر، فليس لمن له القصاص قبله الضمان، وانعقاد السبب لا يكون أقوى من ثبوت الملك حقيقةً،

بِخِلَافِ المُكْرَهِ لِأَنَّهُ يُؤْثِرُ حَيَاتَهُ ظَاهِرًا، وَلِأَنَّ الفِعْلَ الِاخْتِيَارِيَّ مِمَّا يَقْطَعُ النِّسْبَةَ، ثُمَّ لَا أَقَلَّ مِنَ الشُّبْهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقِصَاصِ، بِخِلَافِ المَالِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ وَالبَاقِي يُعْرَفُ فِي المُخْتَلِفِ.

قَالَ: (وَإِذَا رَجَعَ شُهُودُ الفَرْعِ ضَمِنُوا) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ صَدَرَتْ مِنْهُمْ فَكَانَ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ (وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الأَصْلِ وَقَالُوا لَمْ نُشْهِدْ شُهُودَ الفَرْعِ

وبه فارق مسألة غصب المدبر والكتابة، فإن هناك لو كان مالكاً حقيقةً كان يضمنه المتلِف عليه، فكذلك إذا جُعل كالمالك حكماً باعتبار انعقاد السبب فيكون له أن يرجع بالمبدل لذلك، كذا في «المبسوط».

وإنما طوّلنا الكلام هنا لاحتياج أصول الفقه في هذه المسألة إلى هذا.

قوله: بِخِلَافِ المُكْرَهِ لِأَنَّهُ يُؤْثِرُ حَيَاتَهُ ظَاهِرًا، أي: يرجِّح المكره حياة نفسه على حياة الذي أُكره هو على قتله ظاهرًا، فكان الإكراه بهذا الطريق أكثر إفضاءً إلى القتل من قتل الولي المشهود عليه بوجوب القصاص عليه؛ إذ العفو مندوب فيختار العفو ظاهرًا؛ لأنه لا ضرر فيه مع تضمن الثواب، فلم يلزم من شرع القصاص في الإكراه الذي هو أكثر إفضاء إلى القتل شرع القصاص في الشهادة التي هي أقل إفضاء إلى القتل.

قوله: وَلِأَنَّ الفِعْلَ الِاخْتِيَارِيَّ مِمَّا يَقْطَعُ النِّسْبَةَ، أي: القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح من غير إجبار ممَّا يقطع نسبة القتل إلى الشهود، فكان القتل مقصورًا على الولي فلم يكن الشاهد قاتلًا؛ لأنَّ تحلل فعل فاعل مختار تقطع النسبة إلى الأول، كمن حل قيد عبد إنسان فأبق العبد لا ضمان على الحال؛ لما قلنا، بخلاف المكره فإن له اختيارًا فاسدًا وللمكره اختيار صحيح، والفاسد بمقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم فصار المكره بمنزلة الآلة للمكره، فلذلك انتقل فعل المكره إلى المكره.

قوله: وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الأَصْلِ وَقَالُوا لَمْ نُشْهِدْ شُهُودَ الفَرْعِ عَلَى شَهَادَتِنَا فَلَا ضَمَانَ

عَلَى شَهَادَتِنَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُمْ أَنْكَرُوا السَّبَبَ وَهُوَ الْإِشْهَادُ فَلَا يَبْطُلُ الْقَضَاءُ لِأَنَّهُ خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ فَصَارَ كَرُجُوعِ الشَّاهِدِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْقَضَاءِ (وَإِنْ قَالُوا أَشْهَدْنَاهُمْ وَغَلِطْنَا ضَمِنُوا، وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ لا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِمَا يُعَايِنُ مِنَ الْحُجَّةِ وَهِيَ شَهَادَتُهُمْ.

عَلَيْهِمْ، أي: فلا ضمان على شهود الأصل بالإجماع إذا كان رجوعهم بهذا التفسير، وأمَّا لو قَالُوا أَشْهَدْنَاهُمْ وَغَلِطْنَا في إشهادنا فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ عليهم الضمان في هذه الصورة.

قوله: لِأَنَّهُمْ أَنْكَرُوا السَّبَبَ - أي: لأنَّ شهود الأصل أنكروا سبب إتلاف مال المدعى عليه - وَهُوَ الْإِشْهَادُ - على شهادتهما - فَلَا يَبْطُلُ الْقَضَاءُ لِأَنَّهُ خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ، أي: لأنَّ إنكارهم الإشهاد خبر مُتميِّل بين الصدق والكذب فلا يبطل قضاء القاضي، كما لو شهد شاهدا الأصل به بأنفسهما وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا.

قوله: وَإِنْ قَالُوا أَشْهَدْنَاهُمْ وَغَلِطْنَا ضَمِنُوا، وكذلك لو قالوا: أشهدناهم على شهادتنا ولكنا رجعنا عن ذلك، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يضمن الأصول، وعند محمد رحمه الله يضمنون المال؛ لأنَّ الفرعين قاما مقام الأصلين في نقل شهادتهما إلى مجلس القاضي، فأمَّا القضاء فيحصل بشهادة الأصلين فلهذا تعتبر عدالتهما، فصار كأنَّهما حضرا بأنفسهما وشهدا ثم رجعا فيلزمهما الضمان، وهما قالا: الموجود من الأصلين شهادة في غير مجلس القضاء، والشهادة في غير مجلس القضاء لا تكون سببًا لإتلاف شيء، فلا يلزمهما الضمان وإن رجعا عن ذلك؛ لأنَّ الشهادة تختص بمجلس القضاء كالرجوع، وقد بينا أن الرجوع في غير مجلس القضاء لا يوجب الضمان على الشهود، فكذلك الشهادة في غير مجلس القضاء.

ولا نقول: إن الفروع نائبون عن الأصول في نقل شهادتهم إلى مجلس القاضي؛ فإنَّهم

وَلَهُ أَنَّ الفُرُوعَ نَقَلُوا شَهَادَةَ الأُصُولِ فَصَارَ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا (وَلَوْ رَجَعَ الأُصُولُ وَالفُرُوعُ جَمِيعًا يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَهُمَا عَلَى الفُرُوعِ لا غَيْرُ) لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَتِهِمْ: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - المَشْهُودُ عَلَيْهِ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمِنَ الأُصُولَ وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الفُرُوعَ، لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الفُرُوعِ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَا وَبِشَهَادَةِ الأُصُولِ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَالجِهَتَانِ مُتَغَايِرَتَانِ فَلا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا فِي التَّضْمِينِ (وَإِنْ قَالَ شُهُودُ الفَرْعِ كَذَبَ شُهُودُ الأَصْلِ أَوْ غَلِطُوا فِي شَهَادَتِهِمْ

بعد الإشهاد لو منعوهم عن أداء الشهادة كان عليهم الأداء إذا طلب المدَّعى، ولو كانوا نائبين عن الأصول لما كان لهم ذلك إذا منعهم الأصول عن الأداء، ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو إشهاد الأصول إيَّاهم على شهادتهم، ولو شهدوا على الحق نفسه ما كانوا نائبين فيه عن أحد، فكذلك إذا شهدوا على شهادة الأصول.

قوله: وَالجِهَتَانِ مُتَغَايِرَتَانِ - فإن إحداهما إشهاد، والثانية أداء للشهادة عند مجلس القاضي - فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا فِي التَّضْمِينِ، أي: لا يقال: بأن الأصلين يضمنان نصف المال المدعى عليه والفرعين يضمنان نصف ماله، بل المدعى عليه يتخيّر في تضمين أيِّ الفريقين شاء؛ لأنَّه لا تجانس بين شهادتَي الفريقين؛ لأنَّ شهادة الأصول قد كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول، ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حم شهادة واحدة فيكون الضمان عليهم جميعًا، بل يجعل كل فريق منهم كالمنفرد والمشهود عليه يُضمِّن أيَّ الفريقين شاء، كالغاصب مع غاصب الغاصب للمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء، هذا كله من «المبسوط».

فإن قلتَ: ألحق محمد رحمه الله بالغاصب وغاصب الغاصب في تخيير تضمين المالك على ما ذكرتَ من «المبسوط»، ثم المالك هناك لو ضمَّن الغاصب فإن الغاصب يرجع بذلك الضمان على الغاصب الثاني، ولو ضمن الغاصب الثاني فإنه لا يرجع به على الغاصب الأول، وهاهنا كل واحد من الفريقين لا يرجع به على الآخر عند الضمان، فما وجه

لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى ذَلِكَ) لِأَنَّ مَا أُمْضِيَ مِنَ الْقَضَاءِ لَا يُنْتَقَضُ بِقَوْلِهِمْ، وَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُمْ مَا رَجَعُوا عَنْ شَهَادَتِهِمْ إِنَّمَا شَهِدُوا عَلَى غَيْرِهِمْ بِالرُّجُوعِ.

قَالَ: (وَإِنْ رَجَعَ الْمُزَكَّوْنَ عَنِ التَّزْكِيَةِ ضَمِنُوا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

الفرق بينهما؟

قلتُ: كل واحد من فريقي الشهود الأصول والشهود الفروع مؤاخذ بفعله فإذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر، فقال في «الذخيرة»: فإن ضمن الفروع فالفروع لا يرجعون به على الأصول كما في الغصب، ولو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على الغاصب الأول، وإن ضمن الأصول لا يرجعون به على الفروع أيضًا، بخلاف ما لو ضمن المالك الغاصب حيث يرجع به على غاصب الغاصب؛ وإنما كان هكذا هاهنا؛ لأنَّ سبب التلف نقل شهادة الأصول إلى مجلس القاضي، ونقل شهادة الأصول ثبتَ لهما؛ فإنه لولا إشهاد الأصول لما تمكَّن الفروع من النقل، ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل، فكان فعل كل واحد من الأصول والفروع في حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة.

أمَّا في حق الفروع فظاهر؛ لأنَّهم نقلوا شهادة الأصول عند القاضي على وجه لو لم يعمل القاضي بشهادتهم يأثم، وكذلك الأصول مباشرون من حيث الحكم؛ لأنَّ أداء الفروع منقول إلى الأصول؛ لأنَّ الفروع مضطرون من جهة الأصول إلى الأداء بعد الإشهاد، فإنَّهم لو امتنعوا من الأداء أثموا، ألا ترى أن قضاء القاضي اعتبر منقولًا إلى الشاهد؛ لأنَّه مضطر إلى القضاء من جهته حتى لو امتنع عن القضاء به يأثم، كذا هاهنا، فلمَّا كان كل واحد من الفريقين مباشرًا في حقه كان كل واحد منهما مؤاخذًا بفعله على سبيل الانفراد، فلا يرجع أحدهما بالضمان على الآخر؛ لأنَّ كل واحد منهما مستبد بفعله.

وأشار إلى هذا أيضًا ما ذكرنا من رواية «المبسوط» بقوله: بل بجعل كل فريق كالمنفرد، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب.

قوله: وَإِنْ رَجَعَ الْمُزَكَّوْنَ عَنِ التَّزْكِيَةِ ضَمِنُوا، وفي «المبسوط»: وإذا شهد الشهود على رجل بالزنا وزكاها المزكون وزعموا أنَّهم أحرار مسلمون فرجمه الإمام، ثم تبيَّن أنَّهم

وَقَالَا: لَا يَضْمَنُونَ لِأَنَّهُمْ أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارُوا كَشُهُودِ الإِحْصَانِ. وَلَهُ أَنَّ التَّزْكِيَةَ إِعْمَالٌ لِلشَّهَادَةِ، إِذِ القَاضِي لَا يَعْمَلُ بِهَا إِلَّا بِالتَّزْكِيَةِ فَصَارَتْ بِمَعْنَى عِلَّةِ العِلَّةِ،

عبيد أو مجوس، فإن ثبت المزكون على التزكية وزعمو أنَّهم أحرار فلا ضمان عليهم ولا على الشهود؛ أما على الشهود فلأنه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم؛ إذ لا شهادة على المسلمين للعبيد والكفار.

وأمَّا على المزكين؛ فلأنَّهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم، وإنما زكوهم بقول الناس فلم يتبين كذبهم فيما أخبروا به القاضي من قول الناس أحرار مسلمون، وأمَّا إذا رجعوا عن التزكية وقالوا: تعمدنا فعليهم ضمان الدية في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا ضمان على المزكين، ولكن الدية في بيت المال في الوجهين؛ لأنَّ المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف فسبب الإتلاف الزنا وما تعرضوا له، وإنَّما أثنوا على الشهود خيرًا فكانوا في المعنى كشهود الإحصان.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: المزكون جعلوا ما ليس بموجب موجباً فكانوا بمنزلة من أثبت سببَ الإتلاف، وبيان ذلك أن الشهادة لا توجب شيئاً بدون التزكية وسبب الإتلاف الشهادة، وإنما كانت الشهادة موجبة بالتزكية فكانت التزكية علة العلة، وهي بمنزلة العلة في إضافة الحكم إليها، بخلاف شهود الإحصان؛ فإن الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة، وشهود الإحصان ما جعلوا ما ليس بموجب موجباً، وأمَّا الشهادة فلا توجب شيئاً بدون التزكية فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما، ولهذا يشترط الذكورة في المزكين كشهود الزنا، ويثبت الإحصان بشهادة النساء مع الرجال، فإن قال المزكون: هم عدول فلا شيء عليهم بالاتفاق؛ لأنَّهم صادقون في ذلك والعبد قد يكون عدلًا، فلهذا لا يضمن المزكون، كذا في كتاب الحدود من «المبسوط».

قوله: فَصَارَتْ - أي: فصارت التزكية - **بِمَعْنَى عِلَّةِ العِلَّةِ**، من حيث التأثير؛ وذلك لأنَّ العلة مؤثرة في إثبات الحكم، وكذلك علة العلة مؤثرة أيضًا في إعمال العلة؛ إذ الشهادة لا تصير واجبة العمل إلا بالتزكية.

بِخِلَافِ شُهُودِ الإِحْصَانِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مَحْضٌ (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِاليَمِينِ وَشَاهِدَانِ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ اليَمِينِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ، وَالتَّلَفُ يُضَافُ إِلَى مُثْبِتِي السَّبَبِ دُونَ الشَّرْطِ المَحْضِ، أَلَا تَرَى أَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي

قوله: بِخِلَافِ شُهُودِ الإِحْصَانِ؛ فإن ذلك ليس بمؤثر في إثبات الزنا، فإن شهود الإحصان بشهادتهم على إحصانه أثبتوا للزاني خصالًا حميدة بقولهم: إنه مسلم حر تزوج امرأة بنكاحٍ صحيح، وقد أوفى حقها شرعـًا بالدخول، فكان ثبوت الخصال الحميدة في حقه مانعًا عن الزنا، ومثبت ما يوجب المنع على الشيء لا يكون كمثبت من يوجب وجود ذلك الشيء؛ إذهما على طرفي نقيض؛ إذ الزنا أمر مذموم وهذه الخصال أمور محمودة، فلا يناط المذموم بالمحمود، فأي شيء هو يوجب الزنا فهو يوجب الجلد أو الرجم، وهذه الأوصاف مانعة عن الزنا فكيف يكون مثبتها مثبتًا للزنا، فلمَّا لم يوجب الزنا لم يوجب الرجم أيضًا؛ لأنَّ ذلك حكم الزنا عند وجود الإحصان.

قوله: فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ اليَمِينِ، أي: ضمان قيمة العبد، أو ضمان نصف المهر فيما إذا كانت اليمين في الطلاق قبل الدخول؛ لأنَّ وضع المسألة فيهما لا غير على ما هو المذكور في الكتاب.

وقوله: خَاصَّةً، احتراز عن قول زفر رحمه الله؛ فإن عنده الضمان على شهود اليمين والشرط جميعًا فقال: لأنَّ تلف المال حصل بشهادة الفريقن جميعًا، ولكنا نقول: شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للعتق، وهي قوله: أنت حر، وشهود الدخول إنما أثبتوا شرط العتق، فالشرط لا يعارض العلة في إحالة الحكم عليه، فالحكم يضاف إلى علته حقيقةً؛ لأنَّه واجب بِها شرعًا، وإلى الشرط مجازًا؛ لأنَّه موجود عند الشرط لا به، والمجاز لا يعارض الحقيقة، بل متى كانت العلة صالحة لإضافة الحكم إليها لا يضاف شيء إلى الشرط، وهو نظير حافر البئر مع الملقي؛ فإن الضمان على الملقي دون الحافر، وعلى القاتل دون المُمسك لهذا المعنى، كذا في «المبسوط».

بِشَهَادَةِ اليَمِينِ دُونَ شُهُودِ الشَّرْطِ، وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحْدَهُمْ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ. وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ يَمِينُ العَتَاقِ وَالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ.

قوله: وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحْدَهُمْ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ، وذكر في «المبسوط»: ولم يذكر هاهنا أن اليمين لو كانت ثابتة بإقرار المولى وشهد شاهدان بالشرط ثم رجعا، ظنَّ بعض مشايخنا أنَّهما يضمنان في هذا الفصل وقالوا: إن العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها هاهنا فإنَّها ليست بتعدٍّ فيكون الحكم مضافًا إلى الشرط، على أن الشرط يجعل خلفًا عن العلة هاهنا باعتبار أن الحكم يضاف إليه وجودًا عنده، وشبَّه هذا بحفر البئر وهو غلط، بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال، نصَّ عليه في «الزيادات».

وهذا لأنَّ قوله: أنت حر، مباشرة الإتلاف للمالية، وعند وجود مباشرة الإتلاف الحكم يُضاف إليه دون الشرط، وسواء كان بطريق التعدي أو لا يكون بطريق التعدي، بخلاف مسألة الحفر، فالعلة هناك ثِقَلُ الماشي وذلك ليس من مباشرة الإتلاف في شيءٍ، فلهذا يجعل الإتلاف مضافاً إلى الشرط وهو إزالة المُسكة بحفر البئر التي في الطريق، والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

(كِتَابُ الوَكَالَةِ)

كتاب الوكالة

لمَّا فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها، وما يتبعها من الرجوع عنها، شرع في بيان أحكام الوكالة؛ إمَّا لمناسبة أن كل واحدة من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ ٱللَّهُ شَهِيدٌ عَلَىٰ مَا يَفۡعَلُونَ ۝﴾ [يونس: ٤٦]، وقوله تعالى: ﴿وَقَالُواْ حَسۡبُنَا ٱللَّهُ وَنِعۡمَ ٱلۡوَكِيلُ ۝﴾ [آل عمران: ١٧٣].

وإمَّا لأنَّ كلًّا منهما إيصال النفع إلى الغير بالإعانة في إحياء حقه، وإمَّا لأنَّ كلًّا منهما يصلح سببًا لاكتساب الثواب، والصيانة عن العقاب في المعاملات.

ثم محاسن شرعية الوكالة ظاهرة؛ إذ فيها قضاء حوائج المحتاجين إلى مباشرة أفعال لا يقدرون عليها بأنفسهم، فإن الله تعالى خلق الخلائق على هممٍ شتَّى، وطبائع مختلفة، وأقوياء وضعفاء، وليس كل أحد يرضى أن يباشر الأعمال بنفسه، ولا كل أحد يهتدي إلى المعاملات، فمسَّت الحاجة إلى شرعية الوكالة، فنبيُّنا صلَّى الله عليه وسلم باشر بعض الأمور بنفسه تعظيمًا لسنة التواضع، وفوَّض بعضها إلى غيره ترفيهًا لأصحاب المروءات حتى باشر تضحية بعض البُعران بنفسه، وفوَّض الباقي إلى عليٍّ رضي الله عنه، وفي قبول الوكالة بيان كفاية الأمور، وفي التوكيل اعتماد على من وكَّله في كل الأوقات والدهور، وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى: ﴿رَّبُّ ٱلۡمَشۡرِقِ وَٱلۡمَغۡرِبِ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ فَٱتَّخِذۡهُ وَكِيلٗا ۝﴾ [المزمل: ٩].

ثم يحتاج هاهنا إلى معرفة ثمانية أشياء: تفسير الوكالة لغةً وشرعًا، ودليل جوازها، وسببها، وركنها، وشرطها، وصفتها، وحكمها.

....

أمَّا تفسيرها لغةً: فالوَكالة والوِكالة اسم للتوكيل من قولك: وكَّلتك بأمر كذا توكيلًا، والتوكل إظهار العجز والاعتماد على غيرك، والاسم التكلان، وقيل أيضـًا: وكَّله بالبيع فتوكَّل به، أي: قبل الوكالة، واتكلتُ على فلان في أمري إذا اعتمدته، وأصله: أوتكلت، قلبت الواو ياءً لانكسار ما قبلها، ثم أبدل منها التاء فأدغمت في تاء الافتعال، ثم بُنيت على هذا الادغام أسماء من المثال إن لم يكن فيها تلك العلة توهمًا أن التاء أصلية كالتكلة، والتكلان، والتهمة، والتجاه، والتراث، وأمَّا الوكيل فهو القائم بما فُوِّض إليه، والجمع: الوكلاء، كأنه فعيل بمعنى مفعول؛ لأنَّه موكول إليه الأمر، أي: مفوض إليه، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

وأمَّا شرعًا: فإن التوكيل عبارةٌ عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم، حتى أن التصرف إذا لم يكن معلومًا يثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ.

وذكر في «المبسوط»: وقد قال علماؤنا فيمن قال لآخر: وكَّلتك بمالي، أنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط.

وأمَّا دليل جوازها فثابت بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أمَّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩]، وهذا كان توكيلًا ولم يلحقه النكير.

وأمَّا السنة: فما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم: «أنه وكَّل حكيم بن حزام بشراء الأضحية، وبه وكَّل عروة البارقي»، ولمَّا سأل رجل رسول الله صلَّى الله عليه وسلم شيئـًا أعطاه هُدبَة من ثوبه قال: «إيت وكيلي بخيبر ليعطيك ما سألتني بهذه العلامة».

وانعقد الإجماع على جوازها، وكذلك المعقول يدل عليه؛ لأنَّ للناس إلى هذا العقد حاجة، فقد يعجز الإنسان عن حفظ ماله عند خروجه للسفر، وقد يعجز عن التصرف في ماله إمَّا لقلة هدايته، أو لكثرة انشغاله، أو لكثرة ماله، فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير بطريق الوكالة، فاقتضى هذا المعنى جوازها.

وأمَّا سببها: فما هو السبب في سائر المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها؛

....

لأنَّها من المعاملات، وقد ذكرناه في أول البيوع.

وأمَّا ركنها: فالألفاظ التي تثبت بها الوكالة من قوله: وكلتُك ببيع هذا العبد أو شرائه، واقترن به قبول المخاطب.

وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله: إذا قال الرجل لغيره: أحببتُ أن تبيع عبدي هذا، أو قال: هويتُ، أو قال: رضيتُ، أو قال: شئتُ، أو قال: أردتُّ، أو قال: وافقنِي، فهذا كله توكيل وأمر بالبيع، وإذا قال: لا أنهاك عن طلاق امرأتِي، لا يكون هذا أمرًا وتوكيلًا حتى لو طلق لا يقع، وكذلك لو قال لعبده: لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذونـًا.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: الجواب في الوكالة كذلك، أمَّا في الإذن يجب أن يصير العبد مأذونًا في قول علمائنا؛ لأنَّ العبد بسكوت المولى يكون مأذونًا وهذا فوق السكوت، كذا في «الذخيرة».

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: لو قال: أنت وكيلي في كل شيءٍ كان وكيلًا بالحفظ، إلا إذا زاد فقال: أنتَ وكيلي في كل شيءٍ جائز صنعك، فعند محمد رحمه الله يصير وكيلًا في البياعات، والإجارات، والهبات، والطلاق، والعتاق، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه وكيل في المعاوضات دون غيرها.

وقد قال بعض مشايخنا: إذا قال لامرأته: (تو وكيل منى هر چه خواهى كن)، فقالت: طلقتُ نفسي، لا يقع الطلاق عليها إذا لم يرد الزوج الطلاق، ولم يكن في حال مذاكرة الطلاق.

وأمَّا شرطها: فهو ما ذكر في الكتاب في قوله: **وَمِنْ شَرْطِ الوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَتَلْزَمُهُ الأَحْكَامُ**، إلى آخره، على ما يجيء مشروحًا بأتم ممَّا ذكر فيه.

وأمَّا صفتها: فإنَّها من العقود الجائزة غير اللازمة، حتى مَلكَ كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه على ما يجيء مشروحًا.

وأمَّا حكمها: فجواز مباشرة الوكيل فيما فوِّض إليه، وثبوت حكم مباشرته للموكِّل.

قَالَ: (كُلُّ عَقْدٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ الإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ)؛

قوله: كُلُّ عَقْدٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ الإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ، ولا يرد على هذا صحة توكيل المسلمُ الذميَّ بشراء الخمر وبيعها؛ لأنَّ ذلك عكس وليس بطرد فلا يرد نقضاً؛ لأنَّه لم يقل: كل عقد لم يجز له أن يعقده بنفسه لا يجوز أن يوكل به غيره، وإنما يجيء ذلك بعد هذا بأوراق في **قوله:** وَمِنْ شَرْطِ الوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ.

فإن قيل: يرد في طرده نقض وهو أن الذمي يملك بيع الخمر بنفسه، ولا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعها، قلنا: الذمي هاهنا يملك بيع الخمر بنفسه ويملك توكيل غيره ببيعها أيضًا، حتى أنه لو وكَّل ذميًّا آخر ببيعها يجوز، وإنما لم يجز توكيل المسلم هنا لمعنى في المسلم وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها، وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها، والحرمة إذا جاءت من قبل المحل لا تكون هي مانعة لعبارة التصرف بلفظ الكل.

حتى أن قائلًا لو قال: كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطئها، لا يرد عليه الحائضة والمُحرمة؛ لأنَّا نقول: هناك جائز أيضًا إلا أن المنع من الوطء جاء من قبل المرأة لمعنى عارض، حتى إذا انعدم هذا المعنى ظهر الحِلُّ الذي ثبت بالنكاح الصحيح.

فإن قيل: يشكل على هذا الاستقراض فإنه لو استقرض بنفسه يجوز، ولو وكَّل غيره بالاستقراض لا يجوز، بل الاستقراض يقع على المستقرض الذي هو الوكيل لا على الموكل.

قلنا: قد ذكر في «الذخيرة»: لو أخرج الوكيل كلامه في الاستقراض مخرج الرسالة بأن قال: إن فلانـًا يستقرض منك عشرة، ففعل المُقرِض تكون الدراهم للآمر حتى لا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه، ولو أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن قال للمقرض: أقرضني عشرة دراهم كانت العشرة للوكيل، وله أن يمنعها من الآمر؛ لأنَّ التوكيل بالاستقراض باطل بخلاف الرسالة؛ فإن الرسالة موضوعة لنقل العبارة، فإن الرسول معبِّر والعبارة ملك المرسل، فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه، وأمَّا الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل؛ فإن العبارة للوكيل ولهذا كان حقوق العقد له، فلا يمكننا تصحيح هذا الأمر باعتبار العبارة؛ لأنَّ الوكيل غير ناقل للعبارة.

لِأَنَّ الإِنْسَانَ قَدْ يَعْجِزُ عَنِ المُبَاشَرَةِ بِنَفْسِهِ عَلَى اعْتِبَارِ بَعْضِ الأَحْوَالِ فَيَحْتَاجُ

ولا نقول: بأن التوكيل بالبيع صحَّ من حيث أنه أمر بنقل عبارة الموكل التي هي ملك الموكل؛ لأنَّ العبارة للوكيل في جميع الصور، وإنما صحَّ؛ لأنَّ محل البيع ملك الموكل، فقد أمر الوكيل بإزالة المبيع عن ملكه فصحَّ التوكيل بالبيع باعتبار إزالة المبيع عن ملك الموكل، وأمَّا في فصل الاستقراض فالعبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف فيه ملك الغير، فإن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل.

ولا نقول: بأن التوكيل بالشراء صحيح من حيث أنه أمر بتملك المشتري؛ لأنَّ المشتري ملك الغير؛ وإنما صح لأنَّه أمر بإيجاب الثمن في ذمة الموكل، وذمته ملكه، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقة بالاستقراض؛ لأنَّ البدل في باب القرض إنما يجب دينًا في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض، فلا بد من تصحيح الأمر أولًا بالقبض حتى يستقيم الأمر بإيجاب المثل في ذمته، والأمر بالقبض لم يصح؛ لأنَّه ملك الغير، ولمَّا تعذَّر تصحيح هذه الوكالة باعتبار جانب التملك وباعتبار جانب العبارة بطل.

ثم ذكر في «الذخيرة» في ذكر شرط الوكالة: فمن جملة شروط الوكالة أن يكون التوكيل حاصلًا بما يملكه الموكل، حتى إذا حصل بما لا يملكه الموكل كان باطلًا؛ لأنَّ التوكيل إثبات ولاية التصرف، وإثبات الولاية ممَّن لا ولاية له باطل.

ثم قال: وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فأمَّا على قول أبي حنيفة رضي الله عنه شرط صحة التوكيل كون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل، فأما كون الموكل مالكًا له فليس بشرط لا محالة، حتى أن المسلم إذا وكَّل الذمي ببيع الخمر وشرابه جائز عنده.

قلتُ: فعلى هذه الرواية يجوز أن يحمل إطلاق ما ذكر من الرواية **بقوله: كُلُّ عَقْدٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ الإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ**، على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، خلافًا لأبي حنيفة رحمهم الله كما حمل إطلاق **قوله: وَالمَعَانِي المُوجِبَةُ لِلْغُسْلِ إِنْزَالُ المَنِيِّ عَلَى وَجْهِ الدَّفْقِ وَالشَّهْوَةِ**، على قول أبي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا.

قوله: لِأَنَّ الإِنْسَانَ قَدْ يَعْجِزُ عَنِ المُبَاشَرَةِ بِنَفْسِهِ عَلَى اعْتِبَارِ بَعْضِ الأَحْوَالِ، بأن كان

إِلَى أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ فَيَكُونَ بِسَبِيلٍ مِنْهُ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَكَّلَ بِالشِّرَاءِ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ وَبِالتَّزْوِيجِ عُمَرَ بْنَ أُمِّ سَلَمَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -».

قَالَ: (وَتَجُوزُ الوَكَالَةُ بِالخُصُومَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ) لِمَا قَدَّمْنَا مِنَ الحَاجَةِ إِذْ لَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يَهْتَدِي إِلَى وُجُوهِ الخُصُومَاتِ. وَقَدْ صَحَّ أَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَكَّلَ عَقِيلًا، وَبَعْدَمَا أَسَنَّ وَكَّلَ عَبْدَ اللهِ بْنَ جَعْفَرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -.

مريضًا، أو شيخًا فانيًا، أو رجلًا ذا وجاهةٍ لا يتولى الأمور بنفسه.

فإن قيل: التوكيل صحيح عند عدم هذه العوارض؛ فإن الرجل الصحيح الذي هو يباشر أموره بنفسه لو وكل غيره صحَّ، فلو كانت صحة الوكالة بسبب هذه المعاني لانحصرت فيها، قلنا: حكمة الحُكم تراعي في الجنس لا في الأفراد كالسفر مع المشقة، وهذا من قبيل ذلك.

قوله: وَبِالتَّزْوِيجِ عُمَرَ بْنَ أُمِّ سَلَمَةَ، أي: وكَّله بتزويج أمِّه أمِّ سلمة من النبي صلَّى الله عليه وسلم.

قوله: وَتَجُوزُ الوَكَالَةُ بِالخُصُومَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، أي: في جميعها، و ذكر في «الصحاح»: وسائر الناس، أي: جميعهم، وسار الشيء: لغة في سائره، أي: جميعه.

قوله: لِمَا قَدَّمْنَا، وهو **قوله:** لِأَنَّ الإِنْسَانَ قَدْ يَعْجِزُ عَنِ المُبَاشَرَةِ بِنَفْسِهِ، وما ذكره من حديث التوكيل.

قوله: وَقَدْ صَحَّ أَنَّ عَلِيًّا وَكَّلَ عَقِيلًا رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، أي: في الخصومات.

وإنما كان يختار عقيلًا؛ لأنَّه كان ذكيًّا حاضر الجواب، حتى حُكي أن عليًّا رضي الله عنه استقبله يومًا ومعه عنز له، فقال عليٌّ على سبيل الدعابة: أحد الثلاثة أحمق، فقال عقيل: أمَّا أنا وعنزي فعاقلان، فلمَّا كبُر عقيل وَأَسَنَّ وَكَّلَ عَبْدَ اللهِ بْنَ جَعْفَرٍ الطيار؛ إمَّا لأنَّه وقَّره لكبر سنه؛ أو لأنَّه انتقص ذهنه، فوكَّل عبد الله بن جعفر، وكان شابًّا ذكيًّا، كذا في «المبسوط».

(وَكَذَا بِإِيفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ فَإِنَّ الوَكَالَةَ لا تَصِحُّ بِاسْتِيفَائِهَا مَعَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ عَنِ المَجْلِسِ) لِأَنَّهَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ وَشُبْهَةُ العَفْوِ ثَابِتَةٌ حَالَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ، بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ لِلنَّدْبِ الشَّرْعِيِّ، بِخِلَافِ غَيْبَةِ الشَّاهِدِ؛

قوله: وَكَذَا بِإِيفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا - أي: بإيفاء الحقوق واستيفائها - إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ، فإن التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق؛ لان الوكيل قائم مقام الموكل، والحدود تندرئ بالشبهات، فلا يستوفى بما يقوم مقام الغير؛ لما في ذلك من ضرب شبهة، ألا ترى أنَّها لا تستوفي بكتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال.

وكذلك التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز، ولا يستوفى في حال غيبة المُوكِّل عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يستوفيه الوكيل؛ لأنَّه محض حق العباد، ومبنى حقوق العباد على الحفظ والصيانة عليهم، فكان لصاحب القصاص أن لا يحضره بنفسه ويوكل باستيفائه دفعًا للضرر عن نفسه كسائر حقوقه.

ولكنا نقول: هذه عقوبة تندرئ بالشبهات، فلا تستوفي لما يقوم مقام الغير كالحدود، ولهذا لا يستوفي بكتاب القاضي إلى القاضي، وشهادة النساء مع الرجال، وكذلك التوكيل باستيفاء القصاص، يوضحه: أنه لو استوفى في حال غيبة المُوكِّل كان استيفاءً مع شبهة العفو؛ لجواز أن يكون الموكل قد عفا بنفسه والوكيل لا يشعر به، ولهذا إذا كان الموكل حاضرًا يجوز للوكيل أن يستوفي؛ لأنَّه لا يتمكن فيه شبهة العفو، وقد يحتاج الموكل إلى ذلك إمَّا لقلة هدايته في الاستيفاء؛ أو لأنَّ قلبه لا يحتمل ذلك، فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضرته استحسانًا، كذا في «المبسوط».

قوله: لِلنَّدْبِ الشَّرْعِيِّ، لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

قوله: بِخِلَافِ غَيْبَةِ الشَّاهِدِ، يعني: يستوفي الحدود والقصاص عند غيبة الشاهد؛ لأنَّ الشبهة في حقه الرجوع، والظاهر في حق الشاهد عَدَمُ الرُّجُوعِ؛ إذ الصدق هو الأصل

لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الرُّجُوعِ، وَبِخِلَافِ حَالَةِ الحَضْرَةِ لِانْتِفَاءِ هَذِهِ الشُّبْهَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الِاسْتِيفَاءَ، فَلَوْ مُنِعَ عَنْهُ يَنْسَدُّ بَابُ الِاسْتِيفَاءِ أَصْلًا، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا تَجُوزُ

خصوصًا في حق العدول.

قوله: وَبِخِلَافِ حَالَةِ الحَضْرَةِ - أي: حضرة الموكل، أي: يجوز للوكيل أن يستوفي القصاص حال حضرة الموكل - لِانْتِفَاءِ هَذِهِ الشُّبْهَةِ، وهي شبهة العفو.

قوله: وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الِاسْتِيفَاءَ، هذا جواب إشكال وهو أن يقال: لمَّا حضر الموكل لم يحتج إلى التوكيل باستيفاء القصاص، بل يستوفيه بنفسه؛ لما أن في التوكيل شبهة البدلية، واستيفاء القصاص ممَّا لا تجري فيه الإبدال، فأجاب عنه بهذا، وهو ما ذكرنا من رواية «المبسوط» بقوله: وقد يحتاج الموكل إلى ذلك إمَّا لقلة هدايته في الاستيفاء، إلى آخره.

قوله: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: التوكيل بإقامة البينة قول أبي حنيفة لا قول أبي يوسف، فإنَّ عند أبي يوسف كما لا يجوز التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص بالإجماع، فكذلك لا يجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص أيضًا.

وإنَّما قلنا: أن معنى قوله: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، هذا؛ لأنَّه لمَّا قال: وَتَجُوزُ الوَكَالَةُ بِالخُصُومَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، أي: في كلها دخلت فيها حقوق الحدود والقصاص أيضًا؛ لأنَّهما من الحقوق، ثم استثنى من تلك الحقوق استيفاء الحدود والقصاص بقوله: إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ فَإِنَّ الوَكَالَةَ لا تَصِحُّ بِاسْتِيفَائِهَا مَعَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ عَنِ المَجْلِسِ، تعيَّن ما قلنا أن عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص بإقامة البينة.

والدليل على هذا أيضًا ما ذكره في وكالة «المبسوط» في باب ما لا تجوز فيه الوكالة فقال: وإذا وكل الرجل وكيلًا بطلب قصاص في نفس أو فيما دون النفس لا يجوز، وإن وكَّله بإقامة البينة على ذلك جاز التوكيل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، إلا أن عند

الوَكَالَةُ بِإِثْبَاتِ الحُدُودِ وَالقِصَاصُ بِإِقَامَةِ الشُّهُودِ أَيْضًا) وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمُ اللهُ -، وَقِيلَ هَذَا الِاخْتِلَافُ فِي غَيْبَتِهِ دُونَ حَضْرَتِهِ لِأَنَّ كَلَامَ الوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى المُوَكِّلِ عِنْدَ حُضُورِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ مُتَكَلِّمٌ بِنَفْسِهِ. لَهُ أَنَّ التَّوْكِيلَ إِنَابَةٌ وَشُبْهَةُ النِّيَابَةِ يُتَحَرَّزُ عَنْهَا فِي هَذَا البَابِ (كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَكَمَا فِي الِاسْتِيفَاءِ) وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ مَحْضٌ

أبي حنيفة رضي الله عنه عند مرض الخصم أو غيبته، وعند محمد رحمه الله على كل حال، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز التوكيل بذلك.

وجه قوله: أن الوكيل يقوم مقام الموكل في دعوى القصاص، فالقصاص لا يثبت بما يقوم مقام الغير كما لا يثبت بالشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال؛ وهذا لأنَّ هذه عقوبة تندرئ بالشبهات، وفيما يقوم مقام الغير ضرب شبهة، وفي العادة إنما يوكِّل ليحتال الوكيل لإثباته، وإنما يحتال لإسقاط القصاص لا لإثباته، ألا ترى أن التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز باعتبار أنه يندرئ بالشبهات، فكذلك بإثباته، وقد ذكر في بعض المواضع قول محمد كقول أبي يوسف رحمهما الله.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أنه وكل بما يملك مباشرته بنفسه، فإذا وقع الغلط أمكن التدارك والتلافي فصحَّ التوكيل كما في الأموال، بخلاف استيفاء القصاص، فإنه إذا وقع فيه الغلط لا يمكن التدارك والتلافي، فأمَّا إثبات القصاص كإثبات سائر الحقوق من حيث أنه إذا وقع الغلط فيه أمكن التدارك.

وعلى هذا الخلاف إذا وكَّل المطلوب بالقصاص وكيلًا بالخصومة في دفع ما يطالب به، وَكَلَامُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ في هذا الفصل أظهر؛ لأنَّ دفع القصاص جائز بما يقوم مقام الغير، ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة، ولكن هذا الوكيل لو أقرَّ في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح إقراره استحسانًا، وفي القياس يصح؛ لأنَّه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل، ألا ترى أن في سائر الحقوق جعل

لِأَنَّ الوُجُوبَ مُضَافٌ إِلَى الجِنَايَةِ وَالظُّهُورَ إِلَى الشَّهَادَةِ فَيَجْرِي فِيهِ التَّوْكِيلُ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ التَّوْكِيلُ بِالجَوَابِ مِنْ جَانِبِ مَنْ عَلَيْهِ الحَدُّ وَالقِصَاصُ. وَكَلَامُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيهِ أَظْهَرُ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ لا تَمْنَعُ الدَّفْعَ، غَيْرَ أَنَّ إِقْرَارَ الوَكِيلِ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَيْهِ لِمَا فِيهِ مِنْ شُبْهَةِ عَدَمِ الأَمْرِ بِهِ. (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الخَصْمِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ

إقراره كإقرار الموكل فكذلك في القصاص.

وفي الاستحسان يقول: إقرار الوكيل قائم مقام إقرار الموكل، والقصاص لا يستوفي بحجة قائمة مقام غيرها، يوضحه: أنا حملنا التوكيل على الجواب؛ لأنَّ جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز، فأمَّا في الحقيقة فالإقرار ضد الخصومة والمجاز، وإن اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة تبقى شبهة، وفي الحقيقة الإقرار ضد الخصومة فيصير ذلك شبهة فيما تندرئ بالشبهات، دون ما يثبت مع الشبهات، وكذلك الخلاف في التوكيل بإثبات حد القذف، أو دفعه من جهة القاذف، فأما التوكيل بإثبات المال في السرقة دون طلب الحد فمقبول بالاتفاق؛ لأنَّ المقصود إثبات المال والمال يثبت مع الشبهات، ألا ترى أنَّ بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال يثبت المال، فأمَّا التوكيل بإثبات الحد فهو على الخلاف الذي بيَّنا، هذا كله من «المبسوط».

قوله: غَيْرَ أَنَّ إِقْرَارَ الوَكِيلِ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَيْهِ، أي: على موكله بأن أقرَّ الوكيل فقال: نعم قتل موكلي ذلك المقتول الذي وقع الدعوى فيه.

هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال: ينبغي أن يجوز إقرار الوكيل على موكله في التوكيل ممن عليه القصاص كما في الأموال؛ حيث يجوز إقرار الوكيل على موكله فيها، وجوابه ما ذكرنا من جواب الاستحسان من «المبسوط».

قوله: وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الخَصْمِ، سواء كان الوكيل وكيل المدعي، أو وكيل المدَّعى عليه إلا من عذر، والعذر مرض أو سفر،

الْمُوَكِّلُ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا. وَقَالَا: يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِغَيْرِ رِضَا الخَصْمِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَلَا خِلَافَ فِي الجَوَازِ إِنَّمَا الخِلَافُ فِي اللُّزُومِ.

ويستوي عنده الموكل إذا كان رجلًا، أو امرأة بكرًا كانت أو ثيبًا.

وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل الوكالة من الرجال والنساء في جميع الأحوال، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولًا: تقبل من النساء ولا تقبل من الرجال، ثم رجع عن ذلك وقال: تقبل من الرجال والنساء جميعًا.

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: تقبل من البكر، ولا تقبل من الثيب، ولا من الرجل.

وأجمعوا في الشهادة على الشهادة أنَّها إنما تقبل إذا كان الأصيل مريضًا لا يستطيع الحضور إلى مجلس القاضي، أو يكون غائبًا غيبه سفر، أو يكون ميتًا، كذا في «شرح الطحاوي».

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله بعد ما ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله: وقال محمد والشافعي وأبو يوسف رحمهم الله آخرًا: يجوز التوكيل بالخصومة، ويستوي فيه الوضيع، والشريف، والرجل، والمرأة، وبه أخذ أبو القاسم الصفَّار، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: الصحيح عندي أن القاضي إذا علم بالمدَّعي التعنت في إباء التوكيل يقبل التوكيل ولا يتلفت إليه، وإن علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحِيَل، والأباطيل، والتلبيس لا يقبل منه التوكيل.

ويجوز للمرأة المخدَّرة أن توكِّل، وهي التي لم تخالط الرجال بكرًا كانت أو ثيبًا، كذا ذكره أبوبكر الرازي رحمه الله، وعليه الفتوى،

وكذا إذا علم القاضي أن الموكل عاجز عن البيان في الخصومة بنفسه يقبل منه التوكيل.

وفي «فتاوى العتابي»: التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز، معناه: لا يجبر خصمه على قبول الوكالة، وعندهما يجبر وهو المختار، والشريف وغيره سواء.

قوله: وَلَا خِلَافَ فِي الجَوَازِ إِنَّمَا الخِلَافُ فِي اللُّزُومِ، يعني: هل ترتد الوكالة برد

لَهُمَا أَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ فِي خَالِصِ حَقِّهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَا غَيْرِهِ كَالتَّوْكِيلِ

الخصم أم لا؟ عنده ترتد، وعندهما لا ترتد، فعلى هذا التأويل كان المراد من قوله في أول المسألة: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الخَصْمِ، أي: لا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم؛ لأن الجواز من لوازم اللزوم، فيجوز ذكر اللازم وإرادة الملزوم كما في قوله: الزكاة واجبة، أي: فريضة، لكن الوجوب يلازم الفريضة فأريد بالوجوب الفرض، فكذا هنا.

قوله: لَهُمَا أَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ فِي خَالِصِ حَقِّهِ، هاهنا مضمر، أي: التوكيل من الموكل تصرف لاستدعاء الضمير في حقِّه إيَّاه.

وإنَّما قلنا: أن التوكيل من الموكل تصرف في خالص حقِّه، فيكون صحيحًا بغير رضا الخصم كالتوكيل بالقبض، والإيفاء، والتقاضي؛ وذلك لأنَّه وكَّله بالجواب، أو بالخصومة، والخصومة من خالص حق الموكل، وكذلك الجواب؛ لأنَّه إنما يوكله بجواب هو إنكار، والإنكار خالص حق الموكل؛ لأنَّه يدفع به الخصم عن نفسه فعرفنا أنه إنما وكله بما هو من خالص حقه.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: هو بهذا التوكيل قصد الإضرار بخصمه فيما هو مستحق عليه، فلا يملكه إلا برضاه كالحوالة، ومعنى هذا الكلام: أن الحضور والجواب مستحق عليه، بدليل أن القاضي يقطعه عن اشغاله، ويحضره ليجيب خصمه، والناس يتفاوتون في هذا الجواب، فرُبَّ إنكار يكون أشد دفعًا للمدعي من إنكار، والظاهر أن الموكِّل إنما يطلب من الوكيل ذلك الأشد، فإن الناس إنما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل والأباطيل، ليدفع حق الخصم عن الموكل، وفيه إضرار بالخصم، وأكثر ما في الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه، ولكن لمَّا كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه، كمن استأجر دابة لركوبه، أو ثوبًا للبسه لا يملك أن يؤاجره من غيره، وإن كان يتصرف في ملكه وهو المنفعة، ولكن يتصل به ضرر بملك الغير وهو العين؛ لأنَّ الناس يتفاوتون في اللبس والركوب.

بِتَقَاضِي الدُّيُونِ. وَلَهُ أَنَّ الجَوَابَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الخَصْمِ وَلِهَذَا يَسْتَحْضِرُهُ، وَالنَّاسُ مُتَفَاوِتُونَ فِي الخُصُومَةِ، فَلَوْ قُلْنَا بِلُزُومِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَاهُ كَالعَبْدِ المُشْتَرَكِ إِذَا كَاتَبَهُ أَحَدُهُمَا يَتَخَيَّرُ الآخَرُ، بِخِلَافِ المَرِيضِ وَالمُسَافِرِ لِأَنَّ الجَوَابَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِمَا هُنَالِكَ، ثُمَّ كَمَا يَلْزَمُ التَّوْكِيلُ عِنْدَهُ مِنَ المُسَافِرِ يَلْزَمُ إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ لِتَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ.

وكذلك أحد الشريكين في العبد إذا كاتب كان للآخر أن يفسخ، وإن حصل تصرف المكاتب في ملكه؛ لأنَّ ضرره يتصل بالشريك، وهذا بخلاف التوكيل بالقبض والإيفاء، فإن الحق معلوم بصفته، فلا يتصل بهذا التوكيل ضرر بالآخر.

قوله: وَلِهَذَا يَسْتَحْضِرُهُ، أي: للمدعي ولاية أن يحضر المدعى عليه إلى مجلس القاضي، فلو لم يكن جواب المدعي واجبًا على المدعى عليه لما ملك المدعي الإحضار، إذا كاتبه أحدهما يُخيِّر الآخر إن شاء أمضى الكتابة وإن شاء فسخ.

قوله: بِخِلَافِ المَرِيضِ وَالمُسَافِرِ، متصل بقوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مَرِيضًا.

ثم المريض إذا كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه، ولكن يستطيع أن يمشي على ظهر دابته، أو ظهر إنسان، فإن ازداد مرضه صحَّ التوكيل، وإن كان لا يزداد اختلفوا فيه، قال بعضهم: هو على الخلاف أيضًا، وقال بعضهم: له أن يوكل، وهو الصحيح، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: ثُمَّ كَمَا يَلْزَمُ التَّوْكِيلُ عِنْدَهُ مِنَ المُسَافِرِ يَلْزَمُ إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ، والمراد من اللزوم هاهنا صحة التوكيل، وجوازه بدون رضا الخصم.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: وكما يجوز للمسافر في أدنى مدة السفر أن يوكل بغير رضا الخصم يجوز لمن أراد أن يخرج إلى السفر، لكن لا يصدَّق أنه يريد السفر، ولكن القاضي ينظر إلى زيِّه وعُدة سفره، أو يسأل عمَّن يريد أن يخرج معه، فيسأل عن رفقائه كما في فسخ الإجارة.

وَلَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مُخَدَّرَةً لَمْ تَجْرِ عَادَتُهَا بِالْبُرُوزِ وَحُضُورِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ، قَالَ الرَّازِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَلْزَمُ التَّوْكِيلُ لِأَنَّهَا لَوْ حَضَرَتْ لا يُمْكِنُهَا أَنْ تَنْطِقَ بِحَقِّهَا

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مُخَدَّرَةً لَمْ تَجْرِ عَادَتُهَا بِالْبُرُوزِ، وذكر الإمام البزدوي رحمه الله: المخدَّرة هي التي لا يراها غير المحارم من الرجال، أمَّا التي جلست على المنصة فرآها الأجانب لا تكون مخدرة، فلو وكَّلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج، ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث الحاكم إليها ثلاثة من العدول، يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها.

والمسألة في باب الأعداء في «المنتقى»، وإنما يفعل هكذا؛ لأنَّ النيابة لا تجري في الأيمان، وذكر في الباب الثلاثين وهو باب الأعداء من أدب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله: إذا كان المستعدى عليه مريضًا، أو امرأة مخدَّرة، وهي التي لم يعهد لها الخروج إلا عند الضرورة، لا يأمر بإحضارهما؛ أما المريض فلأنه معذور، قال الله تعالى: ﴿وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾ [النور: ٦١].

وأمَّا المخدرة؛ فلأنه لا فائدة في إحضارها؛ لأنَّ الحياء يمنعها من التكلم وربما يصير ذلك سببًا لفوات حقها، فبعد هذا لا يخلو إما أن يكون القاضي مأذونًا بالاستحلاف أو لم يكن، فإن كان يبعث إليها، أو إلى المريض خليفة، فيفصل الخصومة هنالك؛ لأنَّ مجلس الخليفة كمجلسه، وإن لم يكن لا يستحلف لكن يبعث إليها أمينًا من أمنائه، ويبعث مع الأمين رجلين أمينين أيضًا ممَّن يعرفان المرأة والمريض؛ لأنَّ المقصود من هذا أن ينقلا كلام المرأة إلى القاضي إقرارًا كان أو إنكارًا، ويشهدان على ذلك، وإنما يمكنهما الشهادة إذا كانا يعرفان المرأة والمريض، فإذا أتى الأمين مع الشاهدين إلى المرأة إن أقرَّت بدعوى المدعي شهد شاهدان على ذلك، وقال الأمين لها أو للمريض: وكِّل وكيلًا يحضر مع خصمك مجلس الحكم، فإذا فعل ذلك حضر الشاهدان فشهد عليه عند القاضي بما أقرَّ بمحضر من وكيله، وإن جحد الدعوى أمره الأمين أن يوكل وكيلًا يحضر مع خصمه؛ ليقيم عليه البينة، والشاهدان اللذان ذهبا مع الأمين ينقلان إنكار الخصم إلى القاضي كما ينقلان إقراره.

لِحَيَائِهَا فَيَلْزَمُ تَوْكِيلُهَا. قَالَ: وَهَذَا شَيْءٌ اسْتَحْسَنَهُ الْمُتَأَخِّرُونَ.

فإذا توجه اليمين عليها، أو على المريض عرض الأمين اليمين، فإذا عرض الأمين فأبى أن يحلف عرض عليه ثلاث مرات، فإذا نكل عن اليمين أمره أيضًا أن يوكل وكيلًا يحضر مع خصمه مجلس الحكم، ويحضر الشاهدان فيشهدان عند القاضي بمحضر من وكيله بنكوله عن اليمين، فإذا شهدا بذلك عند القاضي بمحضر من المدعي والوكيل، حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله عن اليمين، وألزمه ذلك.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: هذا اختيار صاحب الكتاب، فإنه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على فور النكول، فأمَّا غيره من المشايخ يقولون: يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على أثر النكول، فلا يمكن للقاضي أن يقضي بذلك النكول، فكيف يصنع على قولهم؟ اختلفوا قال بعضهم: الأمين يحكم عليها بالنكول، ثم ينقل الشاهدان ذلك إلى مجلس القاضي مع وكيلها فالقاضي يمضي ذلك، فيكون هذا إمضاءً لذلك الحكم، وقال بعضهم: فإن القاضي يقول للمدعي: أتريد حَكَمًا يحكم بينكما بذلك ثمَّة، فإذا رضي بذلك يبعث أمينًا إلى الخصم الآخر فيخبره بالحكم، فإذا رضي يحكم الحَكَم بينهما، وحكم الحَكَم بين الخصمين بمنزلة حكم القاضي المولى، فإذا حكم الحَكَم بينهما فإن كان شيئًا لا اختلاف فيه بين الفقهاء نفذ، وإن كان فيه اختلاف يتوقف على إمضاء القاضي، فإذا أمضى القاضي ذلك نفذ، والقضاء بالنكول مختلف بين الفقهاء، فيتوقف النفاذ إلى إمضاء القاضي، فإذا أمضى القاضي المولى ذلك الحكم نفذ على الكل.

وذكر في «الذخيرة»: ومن الأعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله الحيض في المرأة إذا كان القاضي يقضي في المسجد، وهذه المسألة على وجهين:

إن كانت الحائض طالبة قُبِل منها التوكيل بغير رضا الخصم، وإن كانت مطلوبة، أو أخَّرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل منها التوكيل من غير رضا الطالب.

وإن كان الموكل محبوسًا فهو على وجهين:

إن كان محبوسًا في سجن هذا القاضي الذي رفعت الخصومة إليه، لا يقبل التوكيل

قَالَ: (وَمِنْ شَرْطِ الوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ، وَتَلْزَمُهُ الأَحْكَامُ)؛

من غير رضا الخصم؛ لأنَّ القاضي يخرجه من السجن حتى يخاصم ثم يعيده إلى السجن، وإن كان محبوسًا في سجن الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج لأجل الخصومة، يقبل منه التوكيل ويلزم.

قوله: وَمِنْ شَرْطِ الوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ، أي: ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به، وقد ذكرنا في أوائل كتاب الوكالة من رواية «الذخيرة» أن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل، فأمَّا كون الموكل مالكًا لذلك التصرف الذي وكَّل الوكيل به فليس بشرط.

فإن قلتَ: يشكل على ما ذكره في الكتاب ما ذكره في «الذخيرة» بقوله: وإذا قال الرجل لغيره: خذ عبدي هذا وبعه بعبد، أو قال: اشتر لي به عبدًا، صحَّ التوكيل بهذا، وإن لم تصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف، فإن من قال لغيره: بعتك هذا العبد بعبد، أو قال: اشتريتُ منك بهذا العبد عبدًا لا يجوز.

قلتُ: إنما جاز ذلك في التوكيل ولم يجز في مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما، هو أن الجهالة إنما تمنع عن الجواز لإفضائها إلى المنازعة، وأمَّا إذا لم تؤد إليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صُبرة طعام، أو شرائه.

ثم جهالة الوصف في التوكيل لا يُفضي إلى المنازة؛ لأنَّ التوكيل ليس بأمر لازم، ولا كذلك المباشرة؛ لأنَّها لازمة فتفضي إلى المنازعة، فالمانع من الصحة المنازعة، لا نفس الجهالة، ثم إذا صحَّ التوكيل ينظر بعد ذلك إن كان قد وكَّله بالشراء فاشترى بغير عينه لا يجوز، كما لو اشترى الموكل بنفسه، وإن اشترى عبدًا بعينه إن كان قيمة العبد المشترى مثل قيمة هذا العبد، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز، وكذلك في جانب الوكالة بالبيع، كذا ذكره في الفصل العاشر من وكالة «الذخيرة».

وقوله: وَتَلْزَمُهُ الأَحْكَامُ، قيل: هذا احتراز عن الوكيل، فإن الوكيل ممَّن لا يثبت

لِأَنَّ الوَكِيلَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ مِنْ جِهَةِ المُوَكِّلِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مَالِكًا لِيُمَلِّكَهُ مَنْ غَيْرَهُ. (وَ) يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ (الوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ العَقْدَ وَيَقْصِدُهُ)؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ المُوَكِّلِ فِي العِبَارَةِ فَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ حَتَّى لَوْ كَانَ صَبِيًّا لا يَعْقِلُ أَوْ مَجْنُونًا كَانَ التَّوْكِيلُ بَاطِلًا. (وَإِذَا وَكَّلَ الحُرُّ العَاقِلُ البَالِغُ أَوِ المَأْذُونُ مِثْلَهُمَا

له حكم تصرفه وهو الملك، فإن الوكيل بالشراء لا يملك المشتري، والوكيل بالبيع لا يملك الثمن، فلذلك لا يصح توكيل غيره، وقيل: هو احتراز عن الصبي المحجور، والعبد المحجور؛ فإنَّهما لو اشتريا شيئاً لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما.

قوله: لِأَنَّ الوَكِيلَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ مِنْ جِهَةِ المُوَكِّلِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مَالِكًا لِيُمَلِّكَهُ مَنْ غَيْرَهُ، فإن قيل: يشكل على هذا الوكيل؛ فإنه يملك التصرف ومع ذلك أنه لو وكَّل غيره لا يصح.

قلنا: إنا نقول: من شرط صحة التوكيل أن يكون الموكل مالكاً للتصرف، ولا يلزم من هذا أن كل من يملك التصرف يصح توكيله، بل لا يصح لفقدان شرط آخر سواه، كما نقول: من شرط وجوب الحج كون من وجب عليه مالكاً للزاد والراحلة، ولا يلزم من هذا أن يجب الحج على كل من يملك الزاد والراحلة، بل لا يجب لفقد شرط آخر وهو أمن الطريق، فكذلك هاهنا يجب أن يكون الموكل مالكاً للتصرف، أي: على طريق الاستبداد من غير أن يستفاد جواز تصرفه من آخر، وإنما ترك هذا؛ لأنَّ الأصل هو الاستبداد.

قوله: وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ العَقْدَ، وذكر في مأذون «الذخيرة»: معنى قول محمد رحمه الله: إذا كان الصبي يعقل البيع والشراء، أن يعرف أن الشراء جالب والبيع سالب، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش، لا نفس العبارة.

قوله: وَيَقْصِدُهُ، أي: لا يهزل في البيع والشراء.

قوله: وَإِذَا وَكَّلَ الحُرُّ العَاقِلُ البَالِغُ أَوِ المَأْذُونُ مِثْلَهُمَا جَازَ، هذا غير منحصر على المثلية في صفة الحرية والرقية، بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون

جَازَ)؛ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ مَالِكٌ لِلتَّصَرُّفِ وَالوَكِيلَ مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ (وَإِنْ وَكَّلَا صَبِيًّا مَحْجُورًا يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ أَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا جَازَ، وَلا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الحُقُوقُ وَيَتَعَلَّقُ

الحر، أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون؛ لأنَّ التعليل بقوله: لِأَنَّ المُوَكِّلَ مَالِكٌ لِلتَّصَرُّفِ وَالوَكِيلَ مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ، يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية، والفوقية، والدونية.

قوله: وَإِنْ وَكَّلَا صَبِيًّا مَحْجُورًا، إلى قوله: وَلا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الحُقُوقُ، فكان في هذا إشارة إلى أنه لو كان الوكيل صبيًّا مأذونـًا، أو عبدًا مأذونـًا يتعلق الحقوق بهما لا بموكلهما، لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكره في «الذخيرة» فقال:

وإن كان الوكيل صبيًّا مأذونـًا في التجارة، فإن كان وكيلًا بالبيع بثمن حال، أو بثمن مؤجل، فباع جاز بيعه ولزمه العهدة، وأمَّا إذا كان وكيلًا بالشراء إن كان وكيلًا بالشراء بثمن مؤجل لا نلزمه العهدة قياسًا واستحسانـًا، بل تكون العهدة على الآمر حتى أن البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبي؛ وذلك لأنَّ ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن؛ لأنَّ ضمان الثمن ممَّا يفيد الملك للضامن في المشتري، وهذا لا يفيد الملك للضامن في المشتري، إنما هذا يلتزم مالًا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله، وهذا هو معنى الكفالة، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة.

وأمَّا إذا وكله بالشراء بالثمن الحال فالقياس أن لا يلزمه العهدة، وفي الاستحسان يلزمه؛ لأنَّ ما يلزمه ضمان ثمن؛ لأنَّ ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشترى، وهاهنا الصبي بما يلتزم من الضمان يملك المشترى من حيث الحكم، فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفى من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه، والصبي المأذون من أهل أن يلتزم ضمان الثمن، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلًا؛ لأنَّه بما يضمن من الثمن لا يملك المشترى لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم؛ لأنَّه لا يملك حبسه بذلك، فكان ضمان كفالة من حيث المعنى، والجواب في العبد إذا توكل ببيع أو شراء على التفصيل الذي ذكرنا في الصبي.

ثم اعلم أن الصبي المحجور والعبد المحجور وإن لم تتعلق بهما الحقوق في الوكالة، فلقبضهما الثمن وتسليمهما اعتبارٌ؛ لأنَّه ذكر في الكتاب بعد هذا في فصل الشراء في التوكيل

بِمُوَكِّلِهِمَا) لِأَنَّ الصَّبِيَّ مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَالعَبْدَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ عَلَى نَفْسِهِ مَالِكٌ لَهُ وَإِنَّمَا لا يَمْلِكُهُ فِي حَقِّ المَوْلَى، وَالتَّوْكِيلُ لَيْسَ تَصَرُّفًا فِي حَقِّهِ إِلَّا أَنَّهُ لا يَصِحُّ مِنْهُمَا التِزَامُ العُهْدَةِ. أَمَّا الصَّبِيُّ لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ وَالعَبْدُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ فَتَلْزَمُ المُوَكِّلَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِحَالِ البَائِعِ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ لَهُ خِيَارُ الفَسْخِ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي العَقْدِ عَلَى أَنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالعَاقِدِ، فَإِذَا ظَهَرَ خِلَافُهُ يَتَخَيَّرُ كَمَا إِذَا عَثَرَ

بعقد السلم فقال: وَالمُسْتَحِقُّ بِالعَقْدِ قَبْضُ العَاقِدِ وَهُوَ الوَكِيلُ فَيَصِحُّ قَبْضُهُ وَإِنْ كَانَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ الحُقُوقُ كَالصَّبِيِّ وَالعَبْدِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ، يعني: إذا كان الوكيل صبيًّا محجورًا، أو عبدًا محجورًا يعتبر قبضه؛ لكونه عاقدًا وإن كان لا يتعلق به الحقوق.

ثم ذكر الإمام قاضي خان في «الجامع الصَّغير» الفرقَ بين الصبي المحجور والعبد المحجور في حق لزوم العهدة بعد البلوغ والحرية فقال: ثم الصبي وإن بلغ لا يلزمه تلك العهدة، والعبد إذا عتق يلزمه تلك العهدة؛ لأنَّ المانع من لزوم العهدة في حقِّ العبد حق المولى لا حق العبد؛ لأنه من أهل الالتزام وحق المولى زال بالعتق، أمَّا المانع في حقِّ الصبي حقه، وحقه لا يزول بالبلوغ.

وهكذا أيضًا ذكر في «المبسوط» فقال: والعبد بمنزلة الصبي إلا أنه إذا كان محجورًا عليه يلزمه العهدة بعد العتق؛ لأنَّ قول العبد ملزم في حق نفسه لكونه مخاطبًا، وإنما لا يكون ملزمًا في حق المولى وقد سقط حقه بالعتق، فأمَّا قول الصبي المحجور عليه فليس بملزم في حق نفسه، فلهذا لا يلزمه العهدة بعد البلوغ، ثم قال: وإن كان المأمور مرتدًّا جاز بيعه؛ لأنَّه من أهل عبارة معتبرة، ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة رضي الله عنه، فإن أسلم كانت العهدة عليه وإلا فالعهدة على الآمر، وعندهما العهدة عليه على كل حال، وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعًا وشراءً.

ثم نظير عدم تعلق الحقوق بهما بل بتعلق الحقوق بموكلهما ما ذكره الإمام قاضي

عَلَى عَيْبٍ.

قَالَ: (وَالعَقْدُ الَّذِي يَعْقِدُهُ الوُكَلاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: كُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ الوَكِيلُ إِلَى نَفْسِهِ كَالبَيْعِ وَالإِجَارَةِ، فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالوَكِيلِ دُونَ المُوَكِّلِ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: تَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ؛ لِأَنَّ الحُقُوقَ تَابِعَةٌ لِحُكْمِ التَّصَرُّفِ، وَالحُكْمُ وَهُوَ المِلْكُ يَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ، فَكَذَا تَوَابِعُهُ وَصَارَ كَالرَّسُولِ وَالوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ. وَلَنَا أَنَّ الوَكِيلَ هُوَ العَاقِدُ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ العَقْدَ يَقُومُ بِالكَلَامِ، وَصِحَّةُ عِبَارَتِهِ لِكَوْنِهِ آدَمِيًّا وَكَذَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ

خان بقوله: وقلنا: بلزوم العهدة على الموكل كما في الرسول والقاضي وأمينه، كما إذا عثر على عيب، والجامع بينهما عدم الرضا.

قوله: وَالعَقْدُ الَّذِي يَعْقِدُهُ الوُكَلاءُ، أي: جنس العقد.

وقوله: فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالوَكِيلِ دُونَ المُوَكِّلِ، وعن هذا ذكر في «الإيضاح»: أن للوكيل أن يوكل في الحقوق التي يوجبها العقد عليه وله من شاء، وإن وكَّل الموكل لم يجز؛ لأنَّ الوكيل أصل في الحقوق فملك التفويض إلى الغير.

قوله: وَصَارَ كَالرَّسُولِ، بأن قال رجل لآخر: كن رسولي في بيع عبدي لا يرجع حقوق العقد إلى الرسول.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الوَكِيلَ هُوَ العَاقِدُ حَقِيقَةً، إلى آخره؛ وذلك لأنَّ العاقد لغيره في البيع والشراء كالعاقد لنفسه؛ لأنَّ مباشرة العقد بالوكالة الأصلية الثابتة له، إلا أنه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية في محل هو مملوك للغير إلا برضاء المالك به، فالتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في المحل لا لإثبات الولاية له، وإذا كان تصرفه بالولاية الأصليَّة كان عقده لنفسه ولغيره سواءً فيما هو من حقوقه، والدليل عليه أنه مستغنٍ عن إضافة العقد إلى الموكل، فإنَّ الوكيل بشراء شيء بعينه لو لم يضف العقد إلى الموكل يقع للموكل، بخلاف النكاح حتى إذا إضافة إلى نفسه كان العقد له دون الموكل، فعرفنا أنه معبِّر عنه.

بِمُوَكِّلِهِمَا) لِأَنَّ الصَّبِيَّ مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَالعَبْدَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ عَلَى نَفْسِهِ مَالِكٌ لَهُ وَإِنَّمَا لا يَمْلِكُهُ فِي حَقِّ المَوْلَى، وَالتَّوْكِيلُ لَيْسَ تَصَرُّفًا فِي حَقِّهِ إِلَّا أَنَّهُ لا يَصِحُّ مِنْهُمَا التِزَامُ العُهْدَةِ. أَمَّا الصَّبِيُّ لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ وَالعَبْدُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ فَتَلْزَمُ المُوَكِّلَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِحَالِ البَائِعِ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ لَهُ خِيَارُ الفَسْخِ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي العَقْدِ عَلَى أَنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالعَاقِدِ، فَإِذَا ظَهَرَ خِلَافُهُ يَتَخَيَّرُ كَمَا إِذَا عَثَرَ

بعقد السلم فقال: وَالمُسْتَحِقُّ بِالعَقْدِ قَبْضُ العَاقِدِ وَهُوَ الوَكِيلُ فَيَصِحُّ قَبْضُهُ وَإِنْ كَانَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ الحُقُوقُ كَالصَّبِيِّ وَالعَبْدِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ، يعني: إذا كان الوكيل صبيًّا محجورًا، أو عبدًا محجورًا يعتبر قبضه؛ لكونه عاقدًا وإن كان لا يتعلق به الحقوق.

ثم ذكر الإمام قاضي خان في «الجامع الصَّغير» الفرقَ بين الصبي المحجور والعبد المحجور في حق لزوم العهدة بعد البلوغ والحرية فقال: ثم الصبي وإن بلغ لا يلزمه تلك العهدة، والعبد إذا عتق يلزمه تلك العهدة؛ لأنَّ المانع من لزوم العهدة في حقِّ العبد حق المولى لا حق العبد؛ لأنه من أهل الالتزام وحق المولى زال بالعتق، أمَّا المانع في حقِّ الصبي حقه، وحقه لا يزول بالبلوغ.

وهكذا أيضًا ذكر في «المبسوط» فقال: والعبد بمنزلة الصبي إلا أنه إذا كان محجورًا عليه يلزمه العهدة بعد العتق؛ لأنَّ قول العبد ملزم في حق نفسه لكونه مخاطبـًا، وإنما لا يكون ملزمًا في حق المولى وقد سقط حقه بالعتق، فأمَّا قول الصبي المحجور عليه فليس بملزم في حق نفسه، فلهذا لا يلزمه العهدة بعد البلوغ، ثم قال: وإن كان المأمور مرتدًّا جاز بيعه؛ لأنَّه من أهل عبارة معتبرة، ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة رضي الله عنه، فإن أسلم كانت العهدة عليه وإلا فالعهدة على الآمر، وعندهما العهدة عليه على كل حال، وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعًا وشراءً.

ثم نظير عدم تعلق الحقوق بهما بل بتعلق الحقوق بموكلهما ما ذكره الإمام قاضي

عَلَى عَيْبٍ.

قَالَ: (وَالعَقْدُ الَّذِي يَعْقِدُهُ الوُكَلاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: كُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ الوَكِيلُ إِلَى نَفْسِهِ كَالبَيْعِ وَالإِجَارَةِ، فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالوَكِيلِ دُونَ المُوَكِّلِ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: تَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ؛ لِأَنَّ الحُقُوقَ تَابِعَةٌ لِحُكْمِ التَّصَرُّفِ، وَالحُكْمُ وَهُوَ المِلْكُ يَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ، فَكَذَا تَوَابِعُهُ وَصَارَ كَالرَّسُولِ وَالوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ. وَلَنَا أَنَّ الوَكِيلَ هُوَ العَاقِدُ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ العَقْدَ يَقُومُ بِالكَلَامِ، وَصِحَّةُ عِبَارَتِهِ لِكَوْنِهِ آدَمِيًّا وَكَذَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ

خان بقوله: وقلنا: بلزوم العهدة على الموكل كما في الرسول والقاضي وأمينه، كما إذا عثر على عيب، والجامع بينهما عدم الرضا.

قوله: وَالعَقْدُ الَّذِي يَعْقِدُهُ الوُكَلاءُ، أي: جنس العقد.

وقوله: فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالوَكِيلِ دُونَ المُوَكِّلِ، وعن هذا ذكر في «الإيضاح»: أن للوكيل أن يوكل في الحقوق التي يوجبها العقد عليه وله من شاء، وإن وكَّل الموكل لم يجز؛ لأنَّ الوكيل أصل في الحقوق فملك التفويض إلى الغير.

قوله: وَصَارَ كَالرَّسُولِ، بأن قال رجل لآخر: كن رسولي في بيع عبدي لا يرجع حقوق العقد إلى الرسول.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الوَكِيلَ هُوَ العَاقِدُ حَقِيقَةً، إلى آخره؛ وذلك لأنَّ العاقد لغيره في البيع والشراء كالعاقد لنفسه؛ لأنَّ مباشرة العقد بالوكالة الأصلية الثابتة له، إلا أنه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية في محل هو مملوك للغير إلا برضاء المالك به، فالتوكيل لتنفيد حكم التصرف في المحل لا لإثبات الولاية له، وإذا كان تصرفه بالولاية الأصليَّة كان عقده لنفسه ولغيره سواءً فيما هو من حقوقه، والدليل عليه أنه مستغنٍ عن إضافة العقد إلى الموكل، فإنَّ الوكيل بشراء شيء بعينه لو لم يضف العقد إلى الموكل يقع للموكل، بخلاف النكاح حتى إذا إضافة إلى نفسه كان العقد له دون الموكل، فعرفنا أنه معبِّر عنه.

يَسْتَغْنِي عَنْ إِضَافَةِ العَقْدِ إِلَى المُوَكِّلِ، وَلَوْ كَانَ سَفِيرًا عَنْهُ لَمَا اسْتَغْنَى عَنْ ذَلِكَ كَالرَّسُولِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ أَصِيلًا فِي الحُقُوقِ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ وَلِهَذَا قَالَ فِي الكِتَابِ (يُسَلِّمُ المَبِيعَ وَيَقْبِضُ الثَّمَنَ وَيُطَالِبُ بِالثَّمَنِ إِذَا اشْتَرَى، وَيَقْبِضُ المَبِيعَ وَيُخَاصِمُ

يُوضحه: أن الوكيل بالنكاح ليس إليه قبض المعقود عليه، والوكيل بالشراء إليه قبض السلعة، وحقيقة الفرق أن كل عقد يجوز أن ينتقل موجبه من شخص إلى شخص فالوكيل فيه كالعاقد لنفسه، وكل عقد لا يجوز أن ينتقل موجبه من شخص إلى شخص فالوكيل فيه يكون معبِّرًا، فموجب النكاح ملك البضع وهو لا يحتمل النقل، وموجب الشراء ملك الرقبة وهو يحتمل النقل، فيجعل كأنَّ الوكيل يملكه بالشراء ثم ملكه من الموكل، هذا على طريقة الإمام الكرخي رحمه الله حيث يقول بأن الملك وقع للوكيل أولًا.

فأمَّا على طريقة أبي طاهر الدباس رحمه الله الملك يقع للموكل، ولكن بعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه، وملك النكاح لا يحتمل مثل هذه الخلافة، وأمَّا ملك المال فيحتمل، ألا ترى أن بعقد العبد الملك يقع لمولاه، وبعقد المورث يقع لوارثه بعد موته، فلهذا كان الوكيل فيه بمنزلة العاقد لنفسه فيما هو من حقوق العقد.

وذكر في «التَّتِمَّة» بعدما ذكر هذا الاختلاف على هذا الوجه وقال: قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: قول أبي طاهر أصح، ولهذا لو كان المشتري منكوحة الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح، ولا يعتق عليه في باب الوكالة بالسلم.

وذكر الصدر الشهيد أن القاضي الإمام أبا زيد رحمهما الله خالفهما وقال: الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق، فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله، فوافق أبا الحسن في حق الحقوق، ووافق أبا طاهر في حق الحكم وهذا حسن.

وهكذا ذكر أيضًا في «الإيضاح» قول القاضي الإمام أبي زيد، وقال فيه أيضًا قبل هذا: فالتوكيل بالعقود ينقسم إلى قسمين:

منها: ما لها حقوق تقبل الفصل عن الحكم كالبياعات، والأشربة، والإجارة، والصلح الجاري مجرى البيع، ومنها: ما لا يقبل الفصل عن الحكم كالنكاح، والخلع، والصلح عن دم

فِي العَيْبِ وَيُخَاصِمُ فِيهِ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنَ الحُقُوقِ وَالمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْمُوَكِّلِ خِلَافَةً عَنْهُ، اعْتِبَارًا لِلتَّوْكِيلِ السَّابِقِ كَالعَبْدِ يُتَّهَبُ وَيُصْطَادُ هُوَ الصَّحِيحُ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَفِي مَسْأَلَةِ العَيْبِ تَفْصِيلٌ نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَكُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ إِلَى مُوَكِّلِهِ كَالنِّكَاحِ وَالخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ فَإِنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ دُونَ الوَكِيلِ فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُ الزَّوْجِ بِالمَهْرِ وَلَا يَلْزَمُ وَكِيلَ

العمد، والعتق على مال، والكتابة، والصلح على إنكار، فنقول: حكم العقد يقع للموكل، فأمَّا الحقوق في التصرفات التي تقبل الحكم الفصل فيها عن العقد فيقع للوكيل، فيكون الوكيل أصيلًا في حق الحقوق دون الحكم.

قوله: وَالمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْمُوَكِّلِ خِلَافَةً عَنْهُ، جوابُ سؤال مقدَّر وهو أن يقال: لمَّا ثبت الملك للموكل ينبغي أن تثبت الحقوق أيضًا راجعة إلى الموكل؛ لأن الحقوق تابعة للملك فأجابَ عنه بهذا وقال: نعم الملك يثبت للموكل ابتداءً، ولكن يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة، فكان الوكيل أصيلًا في حقوق العقد فلذلك تضاف الحقوق إلى الوكيل، وحاصله أنَّ الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف، والموكل خلف عن الوكيل في حق الملك.

قوله: كَالعَبْدِ يُتَّهَبُ، أي: يقبل الهبة، يثبت الملك للمولى ابتداءً.

وذكر في «المبسوط»: فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب.

وقوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن قول أبي الحسن الكرخي رحمه الله؛ فإن عنده يثبت الملك للوكيل بالشراء أولًا ثم ينتقل إلى الموكل، كذا في «التَّتِمَّة».

قوله: وَفِي مَسْأَلَةِ العَيْبِ تَفْصِيلٌ نَذْكُرُهُ، وهو ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وَإِذَا اشْتَرَى الوَكِيلُ وَقَبَضَ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِالعَيْبِ مَا دَامَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ، فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَى المُوَكِّلِ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ.

الْمَرْأَةِ تَسْلِيمُهَا)؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ فِيهَا سَفِيرٌ مَحْضٌ، أَلَا يُرَى أَنَّهُ لا يُسْتَغْنَى عَنْ إِضَافَةِ العَقْدِ إِلَى المُوَكِّلِ، وَلَوْ أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ كَانَ النِّكَاحُ لَهُ فَصَارَ كَالرَّسُولِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الحُكْمَ فِيهَا لا يَقْبَلُ الفَصْلَ عَنِ السَّبَبِ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَيَتَلَاشَى،

قوله: لِأَنَّ الوَكِيلَ فِيهَا سَفِيرٌ، والسفير هو الذي يحكي قول الغير، ومن حكى حكاية الغير لا يلزم عليه حكم قول الغير، كما إذا حكى قذف الغير لا يكون قاذفًا.

قوله: فَصَارَ كَالرَّسُولِ، أي: فصار الوكيل في النكاح وأمثاله كالرسول في باب البيع.

قوله: وَهَذَا لِأَنَّ الحُكْمَ فِيهَا - أي: في هذه العقود وهي النكاح وأمثاله - **لا يَقْبَلُ الفَصْلَ عَنِ السَّبَبِ**، حتى لم يدخل فيها خيار الشرط؛ لأنَّ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب، وهذه العقود لا تحتمل تراخي الحكم؛ لأن الأسباب في هذه العقود للإسقاط لا للإثبات، والإسقاطات غير قابلة لتراخي الحكم بخيار الشرط وغيره، فلمَّا لم تكن هذه العقود للإثبات لم يجز فيها القول بثبوت الملك للوكيل، ثم بثبوته للموكل كما هو تخريج الكرخي رحمه الله في الوكيل بالشِّراء، بل يثبت الملك لمن باشر السبب نيابة ابتداءً وهو الموكل.

قوله: لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ، أي: لأنَّ السبب في هذه العقود إسقاط بيان، هذا ما نقل عن العلامة مولانا شمس الدين الكردري رحمه الله أنَّ محل النكاح الأنثى من بنات آدم ليست من المحرمات، وهن في الأصل خلقن حرائر، والحرية تستدعي الخلوص، وانتفاء ورود الملك على من اتصف بها، إلا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح تحقيقًا لمعنى النسل، فكان في النكاح إسقاط لمعنى المالكية الذي كان ثابتًا للحرة بطريق الأصالة، ولكن لا يتحقق هذا الملك عليها إلا بالإيجاب والقبول، فبالنظر إلى هذا كان من قبيل الإثبات كما في البيع، إلا أنا رجَّحنا جانب الأصالة فقلنا: بأنه من الإسقاطات والساقط متلاشٍ، فلا يجوز أن يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانيًا في حق الموكل بالانتقال؛ لأنَّ الساقط لا يعود إلا بسبب جديد ولم يوجد، فكان حكم النكاح ثابتًا لمن أضيف إليه ابتداءً وهو الموكل،

فَلَا يُتَصَوَّرُ صُدُورُهُ مِنْ شَخْصٍ وَثُبُوتُ حُكْمِهِ لِغَيْرِهِ فَكَانَ سَفِيرًا. وَالضَّرْبُ الثَّانِي مِنْ أَخَوَاتِهِ العِتْقُ عَلَى مَالٍ وَالكِتَابَةُ وَالصُّلْحُ عَلَى الإِنْكَارِ. فَأَمَّا الصُّلْحُ الَّذِي هُوَ جَارٍ مَجْرَى البَيْعِ فَهُوَ مِنَ الضَّرْبِ الأَوَّلِ، وَالوَكِيلُ بِالهِبَةِ وَالتَّصَدُّقِ وَالإِعَارَةِ وَالإِيدَاعِ وَالرَّهْنِ وَالإِقْرَاضِ سَفِيرٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الحُكْمَ فِيمَا يَثْبُتُ بِالقَبْضِ، وَأَنَّهُ يُلَاقِي مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلْغَيْرِ فَلَا يُجْعَلُ أَصِيلًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الوَكِيلُ مِنْ جَانِبِ

بخلاف البيع فإن المحل فيه خلق مباحًا وقابلًا للتملك بطريق الأصالة، وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من شخص إلى شخص فيصح أن يقال فيه بالانتقال، أو أن يصدر السبب من إنسان بطريق الأصالة ويثبت حكمه إلى غيره بطريق الخلافة، كالعبد يتَّهب أو يشتري بإذن المولى.

وقوله: فَلَا يُتَصَوَّرُ صُدُورُهُ - أي: صدور السبب بطريق الأصالة - مِنْ شَخْصٍ وَثُبُوتُ حُكْمِهِ لِغَيْرِهِ، وإنما قيَّدنا بقولنا: بطريق الأصالة؛ لأنَّ الوكيل في النكاح يصدر السبب من شخص ويثبت الحكم لغيره وذلك متصور، فلا يستيقيم حينئذٍ قوله مطلقاً: فَلَا يُتَصَوَّرُ صُدُورُهُ مِنْ شَخْصٍ وَثُبُوتُ حُكْمِهِ لِغَيْرِهِ، وإنما لا يتصور صدور السبب في النكاح إذا كان صدور السبب من الوكيل على وجه الأصالة بأن أضاف إلى نفسه، فحينئذٍ لا يثبت حكم النكاح لموكله، بخلاف الوكيل بالشراء؛ فإن فيه يثبت الملك لموكله وإن أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه.

قوله: وَالضَّرْبُ الثَّانِي مِنْ أَخَوَاتِهِ، أي: من أخوات الضرب الثاني.

قوله: لِأَنَّ الحُكْمَ فِيمَا يَثْبُتُ بِالقَبْضِ، وَأَنَّهُ - أي: وأن القبض - يُلَاقِي مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلْغَيْرِ فَلَا يُجْعَلُ أَصِيلًا، أي: قبض الموهوب له يلاقي ملك الواهب فلا يجعل الوكيل أصيلًا.

وتفسير هذا ما ذكره في «الإيضاح» فقال: ولو وكَّل وكيلًا بأن يهب عبده لفلان، أو يتصدق به عليه، أو يعيره إيَّاه، أو يودعه، أو يرهنه فقبض الوكيل، وفعل ما أمر به فهو جائز

الْمُلْتَمِسِ، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ، إِلَّا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالِاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ حَتَّى لَا يَثْبُتَ المِلْكُ لِلْمُوَكِّلِ بِخِلَافِ الرِّسَالَةِ فِيهِ.

قَالَ: (وَإِذَا طَالَبَ الْمُوَكِّلُ الْمُشْتَرِيَ بِالثَّمَنِ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ إِيَّاهُ)؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْعَقْدِ وَحُقُوقِهِ لِمَا أَنَّ الحُقُوقَ إِلَى العَاقِدِ (فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَازَ وَلَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُطَالِبَهُ

على الموكل، وليس للوكيل المطالبة برد شيءٍ من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة، والعارية، ولا الرهن، ولا القرض ممَّن عليه؛ لأنَّ أحكام هذه العقود إنما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلًا؛ لأنَّه أجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرًا، أو معبِّرًا عن المالك.

فأمَّا التصرفات التي تقوم بالقول ولا يتوقف على القبض، فالوكيل يجب أن يكون أصيلًا فيه؛ لأنَّه أصل في التكلم وكلامه مملوك له، إلا أنا فصلنا بين الحكم والحقوق فأظهرنا قضية الولاية الأصليَّة فيما يرجع إلى الحقوق، وفي هذه المواضع العقود وإن كانت تقوم باللفظ لكن الحكم لا يتأتَّى إلا بالقبض، والقبض تصرف في المحل ولا ملك له فيه، فلا يمكن أن يجعل أصلًا بوجه مَّا، ولو كانت هذه الوكالة من الملتمس كذلك نحو أن وكَّله بالاستعارة، أو الارتهان، أو الاستيهاب، فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل.

قوله: وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ، -أي: الوكيل فيهما يضيف العقد إلى الموكل لا إلى نفسه- إِلَّا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالِاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ، وقد ذكرنا وجهه في أوائل ما نحن فيه من كتاب الوكالة.

قوله: بِخِلَافِ الرِّسَالَةِ فِيهِ، أي: تصح الرسالة في الاستقراض.

وذكر في «الإيضاح»: فالتوكيل بالاستقراض لا يصح، ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول: أرسلني إليك فلان، ويستقرض منك فحينئذٍ يثبت الملك للمستقرض.

قوله: فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَازَ، أي: فإن دفع المشتري الثمن إلى الموكل جاز.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين الوكيل ببيع الصرف، فإن هناك لو قبض الموكل بدل

بِهِ ثَانِيًا)؛ لِأَنَّ نَفْسَ الثَّمَنِ الْمَقْبُوضِ حَقُّهُ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ، وَلَا فَائِدَةَ فِي الْأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ الدَّفْعِ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى الْمُوَكِّلِ دَيْنٌ يَقَعُ الْمُقَاصَّةُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ يَقَعُ الْمُقَاصَّةُ بِدَيْنِ الْمُوَكِّلِ أَيْضًا دُونَ دَيْنِ الْوَكِيلِ،

الصرف لا يجوز؟

قلتُ: لأنَّ جواز بيع الصرف معلق بالقبض، فكان القبض في الصرف بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لا يجوز قبوله، فكذا إذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل لا يجوز، وأمَّا قبض المشتري ثمنَ السلعة فليس بمنزلة الإيجاب والقبول؛ لما أن نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل إليه فيجوز، إلى هذا أشار في أنواع الفصل العاشر من «الذخيرة».

ووجدتُّ بخط شيخي رحمه الله: أن المشتري من الوصي إذا دفع الثمن إلى الصبي فللوصي أن يرجع على المشتري، ذكره في «مختلف الروايات» في ركن الشافعي[1] رحمه الله.

قوله: وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ - أي: ولو كان للمشتري على الموكل والوكيل دين - يَقَعُ الْمُقَاصَّةُ بِدَيْنِ الْمُوَكِّلِ، دُونَ دَيْنِ الْوَكِيلِ، حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيءٍ من الثمن؛ وإنما كان هكذا لأنَّ المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض، ولو أبرأ المشتري عن الثمن بغير عوض وخرج الكلامان معًا، فالمشتري يبرأ ببراءة الآمر ولا يبرأ ببراءة المأمور، حتى لا يرجع الآمر على المأمور بشيءٍ فكذلك هاهنا.

ولأنا لو جعلناه قصاصًا بدين الوكيل احتجنا إلى قضاءٍ آخر فإن الوكيل يقضي للموكل، ولو جعلناه قصاصًا بدين الموكل لا يحتاج إلى قضاءٍ آخر فجعلناه قصاصًا بدين الموكل قصرًا للمسافة؛ ولأنا إذا جعلناه قصاصًا بدين الموكل فقد أثبتنا حكمـًا مجمعًا عليه، فإن الموكل يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإجماع، ولو جعلناه قصاصًا بدين الوكيل فقد أثبتنا حكمـًا مختلفـًا فيه فكان ما قلناه أَوْلَى، كذا ذكره شيخ الإسلام المعرف بخواهر

(١) هكذا في أكثر النُّسخ، وفي بعضها: ذكره في «مختلف الرواية» في زكاة الشافعي رحمه الله.

الْمُلْتَمِسِ، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ، إِلَّا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالِاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ حَتَّى لا يَثْبُتَ المِلْكُ لِلْمُوَكِّلِ بِخِلَافِ الرِّسَالَةِ فِيهِ.

قَالَ: (وَإِذَا طَالَبَ الْمُوَكِّلُ الْمُشْتَرِيَ بِالثَّمَنِ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ إِيَّاهُ)؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ العَقْدِ وَحُقُوقِهِ لِمَا أَنَّ الحُقُوقَ إِلَى العَاقِدِ (فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَازَ وَلَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُطَالِبَهُ

على الموكل، وليس للوكيل المطالبة برد شيءٍ من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة، والعارية، ولا الرهن، ولا القرض ممَّن عليه؛ لأنَّ أحكام هذه العقود إنما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلًا؛ لأنَّه أجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرًا، أو معبِّرًا عن المالك.

فأمَّا التصرفات التي تقوم بالقول ولا يتوقف على القبض، فالوكيل يجب أن يكون أصيلًا فيه؛ لأنَّه أصل في التكلم وكلامه مملوك له، إلا أنا فصلنا بين الحكم والحقوق فأظهرنا قضية الولاية الأصليَّة فيما يرجع إلى الحقوق، وفي هذه المواضع العقود وإن كانت تقوم باللفظ لكن الحكم لا يتأتَّى إلا بالقبض، والقبض تصرف في المحل ولا ملك له فيه، فلا يمكن أن يجعل أصلًا بوجه مَّا، ولو كانت هذه الوكالة من الملتمس كذلك نحو أن وكَّله بالاستعارة، أو الارتهان، أو الاستيهاب، فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل.

قوله: وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ، -أي: الوكيل فيهما يضيف العقد إلى الموكل لا إلى نفسه- إِلَّا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالِاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ، وقد ذكرنا وجهه في أوائل ما نحن فيه من كتاب الوكالة.

قوله: بِخِلَافِ الرِّسَالَةِ فِيهِ، أي: تصح الرسالة في الاستقراض.

وذكر في «الإيضاح»: فالتوكيل بالاستقراض لا يصح، ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول: أرسلني إليك فلان، ويستقرض منك فحينئذٍ يثبت الملك للمستقرض.

قوله: فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَازَ، أي: فإن دفع المشتري الثمن إلى الموكل جاز.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين الوكيل ببيع الصرف، فإن هناك لو قبض الموكل بدل

بِهِ ثَانِيًا)؛ لِأَنَّ نَفْسَ الثَّمَنِ الْمَقْبُوضِ حَقُّهُ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ، وَلَا فَائِدَةَ فِي الْأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ الدَّفْعِ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى الْمُوَكِّلِ دَيْنٌ يَقَعُ الْمُقَاصَّةُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ يَقَعُ الْمُقَاصَّةُ بِدَيْنِ الْمُوَكِّلِ أَيْضًا دُونَ دَيْنِ الْوَكِيلِ،

الصرف لا يجوز؟

قلتُ: لأنَّ جواز بيع الصرف معلق بالقبض، فكان القبض في الصرف بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لا يجوز قبوله، فكذا إذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل لا يجوز، وأمَّا قبض المشتري ثمنَ السلعة فليس بمنزلة الإيجاب والقبول؛ لما أن نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل إليه فيجوز، إلى هذا أشار في أنواع الفصل العاشر من «الذخيرة».

ووجدتُ بخط شيخي رحمه الله: أن المشتري من الوصي إذا دفع الثمن إلى الصبي فللوصي أن يرجع على المشتري، ذكره في «مختلف الروايات» في ركن الشافعي[1] رحمه الله.

قوله: وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ - أي: ولو كان للمشتري على الموكل والوكيل دين - يَقَعُ الْمُقَاصَّةُ بِدَيْنِ الْمُوَكِّلِ، دُونَ دَيْنِ الْوَكِيلِ، حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيءٍ من الثمن؛ وإنما كان هكذا لأنَّ المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض، ولو أبرأ المشتري عن الثمن بغير عوض وخرج الكلامان معًا، فالمشتري يبرأ ببراءة الآمر ولا يبرأ ببراءة المأمور، حتى لا يرجع الآمر على المأمور بشيءٍ فكذلك هاهنا.

ولأنا لو جعلناه قصاصًا بدين الوكيل احتجنا إلى قضاءٍ آخر فإن الوكيل يقضي للموكل، ولو جعلناه قصاصًا بدين الموكل لا يحتاج إلى قضاءٍ آخر فجعلناه قصاصًا بدين الموكل قصرًا للمسافة؛ ولأنا إذا جعلناه قصاصًا بدين الموكل فقد أثبتنا حكمـًا مجمعًا عليه، فإن الموكل يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإجماع، ولو جعلناه قصاصًا بدين الوكيل فقد أثبتنا حكمـًا مختلفـًا فيه فكان ما قلناه أَوْلَى، كذا ذكره شيخ الإسلام المعرف بخواهر

(١) هكذا في أكثر النُّسخ، وفي بعضها: ذكره في «مختلف الرواية» في زكاة الشافعي رحمه الله.

وَبِدَيْنِ الوَكِيلِ إِذَا كَانَ وَحْدَهُ إِنْ كَانَ يَقَعُ المُقَاصَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ لِمَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الإِبْرَاءَ عَنْهُ عِنْدَهُمَا وَلَكِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِلْمُوَكِّلِ فِي الفَصْلَيْنِ.

زاده رحمه الله.

ثم ما ذكره شيخ الإسلام يصير حيلة في موضعين:

أحدهما: إذا كان لرجل على رجل دين فلا يؤديه، فيتوكل الدائن عن الغير في شراء عين من مديونه، فإذا اشترى تقع المقاصة بين دين الوكيل على البائع، وبين دين وجب للبائع على الوكيل ثم الوكيل يأخذ الثمن من موكله.

والثانِي: أن يوكل رب الدين غيره بالشِّراء من المديون فتقع المقاصة بين دين الموكل وبين ما وجب على الوكيل، كذا ذكره في «الذخيرة»، و«التتمَّة».

قوله: وَبِدَيْنِ الوَكِيلِ إِذَا كَانَ وَحْدَهُ - أي: تقع المقاصة بدين الوكيل إذا لم يكن فيه دين الموكل - إِنْ كَانَ يَقَعُ المُقَاصَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ لِمَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الإِبْرَاءَ عَنْهُ عِنْدَهُمَا، يعني: (اگر چه دين مشترى بدين وكيل مقاصه مى شود وقتى كه تنها دين وكيل بود، بسبب آنكه وكيل مرا براء مشترى را مالك است بنزد ايشان، ولكن وقتى كه مشترى را بر موكل وبر وكيل دين بود دين مشترى با دين موكل مقاصه شود وبدين وكيل نى)؛ لما ذكرنا من المعاني الثلاثة.

قوله: وَلَكِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِلْمُوَكِّلِ فِي الفَصْلَيْنِ، أي: يضمن الوكيل الثمن للموكل في فصل الإبراء والمقاصَّة.

فإن قلتَ: ينبغي أن لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل؛ لأنَّه خالف الموكل؛ إذ الموكل إنما وكله ببيع يصل إليه ثمنه، وهاهنا لا يصل، والوكيل إذا خالف فيما وكل به لا ينفذ على الموكل، كما إذا خالف في جنس ما وكل به، أو في قدره، بأن وكله بأن يبيع بمائة وقد باعه بأقل منها.

قلتُ: إن لم يصل إليه الثمن بعد البيع وقد وصل إليه قبل البيع، ويصير الثمن قصاصًا

....

بدين الآمر عندهم جميعًا، كذا في «الذخيرة».

ثم وجه التعليل من الطرفين في صحة إبراء الوكيل بالبيع المشتري من الثمن ما ذكره في «المبسوط» وقال: قال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز إبراؤه استحسانًا؛ لأنَّ الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل، فإنه بدل ملكه فإنما يملك البدل بملك الأصل، وإبراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينفذ، كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري، ودليل الخلاف أنه يصير ضامنًا عندهما.

وأمَّا حجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أن الإبراء إسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل، ألا ترى أن الموكل لا يمنعه من ذلك، ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك، فكان هو في الإبراء عن القبض مسقطًا حق نفسه فيصح منه، إلا أن بقبضه يتعين ملك الآمر في المقبوض، وإذا انسدَّ عليه هذا الباب بإبرائه صار ضامنًا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ إعتاقه لمصادفته ملكه، ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه بهذا الإعتاق، كذا ذكره في باب الوكالة بالقيام على قبض الغلة والبيع من «المبسوط»، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(بَـابُ الوَكَالَةِ فِي البَيْعِ وَالشِّـرَاءِ)

(فَصْلٌ فِي الشِّـرَاءِ)

قَالَ: (وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ وَصِفَتِهِ أَوْ جِنْسِهِ وَمَبْلَغِ

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصلٌ في الشراء

لمَّا شرع في ذكر أبواب الوكالة قدم ما هو أكثر وقوعًا، وأمسّ حاجة في الوكالة، وهو الوكالة بالبيع والشراء، ثم قدَّم فصل الشراء على فصل البيع؛ لأنَّ الشراء ينبنِي عن إثبات الملك والبيع عن إزالته، فالإزالة إنما تكون بعد الإثبات، فنحتاج هاهنا إلى تعريف الجنس والنوع، فقيل: الجنس هو ما يدخل تحته أنواع متغايرة، والنوع اسم لأحد ما يدخل تحت اسم فوقه.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» مُحالاً إلى أهل المنطق: الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع، والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص.

قوله: وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ، أي: شيء غير معين؛ لأنَّ في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة.

قوله: مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ - كالجارية والعبد - **وَصِفَتِهِ**، أي: نوعه كالتركي والحبشي على ما يجيء في الكتاب.

ثَمَنِهِ) لِيَصِيرَ الفِعْلُ المُوَكَّلُ بِهِ مَعْلُومًا فَيُمْكِنُهُ الِائْتِمَارُ، (إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُ وَكَالَةً عَامَّةً فَيَقُولَ: ابْتَعْ لِي مَا رَأَيْتَ)؛ لِأَنَّهُ فَوَّضَ الأَمْرَ إِلَى رَأْيِهِ، فَأَيُّ شَيْءٍ يَشْتَرِيهِ يَكُونُ

وحاصل هذا أن الجهالة لا تخلو: إمَّا أن كانت في المعقود عليه وهو المبيع والمشتري، أو في المعقود به وهو الثمن، فالجهالة في المعقود عليه لا تخلو من ثلاثة أوجه:

جهالة فاحشة: وهي ما كانت في الجنس مثل التوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق، فلا تصح سواء سمي الثمن أو لم يسم؛ لأنَّ اسم الرقيق يتناول الذكر والأنثى وهما من بني آدم جنسان مختلفان، حتى لو اشترى شخصًا على أنه غلام فإذا هو جارية كأن البيع باطلًا، وكذلك اسم الدابة يقع على ما يدب في وجه الأرض، دليله قوله تعالى: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦].

وجهالة يسيرة: وهي ما كانت في النوع المحض كالتوكيل بشراء شاة، أو بقر، أو فرس، أو ثوب يهودي، أو جارية تركية، أو هندية، وهو صحيح بين الثمن أو لم يبين.

وجهالة متوسطة: بين منزلة الجنس والنوع كالتوكيل بشراء عبد، أو جارية، أو دار، أو لؤلؤة، فهذه الأشياء ملحقة بالجنس من وجه؛ لأنَّ اختلاف العبيد والجواري أكثر من اختلاف سائر الأنواع عادةً، وعادة الناس في ذلك مختلفة، فإذا لم يسم الثمن أو الصفة ألحق بمجهول الجنس، وإذا سمي الثمن أو الصفة بأن قال: تركي أو هندي ألحق بمجهول النوع؛ وهذا لأنَّ العبيد جنس واحد باعتبار منفعة العمل، أجناس مختلفة باعتبار منفعة الجمال، فإن منفعة الجمال مطلوبة من بني آدم، ولهذا تجعل رؤية الوجه من بني آدم كرؤية الكل في إسقاط خيار الرؤية، وفي هذه المنفعة يختلف التركي والهندي اختلافاً فاحشاً، فكان جنسًا واحدًا من وجه دون وجه، فألحقناه بالجنس الواحد عند بيان الثمن أو الصفة، أو بالجنس المختلف إذا لم يبين أحدهما عملاً بالشبهين.

وأمَّا جهالة جنس المعقود به لا تمنع صحة التوكيل، حتى إن من وكَّل ببيع عين من أعيان ماله جاز وإن لم يبين الثمن، وكان له أن يبيع بأي ثمن شاء عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأنَّ المقصود به اكتساب المالية والأجناس كلها في المالية سواءٌ، فمن هذا الوجه

مُمْتَثِلًا. وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ تَتَحَمَّلُ فِي الوَكَالَةِ كَجَهَالَةِ الوَصْفِ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ مَبْنَى التَّوْكِيلِ عَلَى التَّوْسُعَةِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعَانَةٌ. وَفِي اعْتِبَارِ هَذَا الشَّرْطِ بَعْضُ الحَرَجِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ (ثُمَّ إِنْ كَانَ اللَّفْظُ يَجْمَعُ أَجْنَاسًا أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الأَجْنَاسِ

يتحد الجنس ولا يختلف.

وأمَّا المعقود عليه فالمالية كما هي مقصودة فمرافق آخر أيضًا مقصودة كاللبس والركوب، وباعتبارها يختلف الجنس فلم تجز الوكالة عند اختلاف الجنس لذلك، ولهذا قلنا: إنه لا يشترط بيان الجنس ولا بيان النوع في المضاربة؛ إذ المقصود بها اكتساب المالية، والأنواع والأجناس سواء في اعتبار المالية، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والمحبوبي.

قوله: وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ تَتَحَمَّلُ فِي الوَكَالَةِ كَجَهَالَةِ الوَصْفِ اسْتِحْسَانًا، وإنَّما قيَّد **بقوله**: اسْتِحْسَانًا؛ لأنَّ القياس أن لا يتحمل الوكالة الجهالة وإن قلَّت.

وذكر في «المبسوط»: وإن سمى الجنس والنوع ولم يبين الصفة جازت الوكالة، سواء سمى الثمن أو لم يسم، وهذا استحسان، وفي القياس لا يجوز ما لم تتبين الصفة.

وجه القياس أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء، فلا يجوز إلا ببيان وصف المعقود عليه، ألا ترى أنا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه، ثم البائع من الموكل، وكان بشر المريسي رحمه الله يأخذ بالقياس إلى أن نزل به ضيف، فدفع دراهم إلى إنسان ليأتِي بالرؤوس المشوية، فجعل يصفها له فعجز عن إعلامه بالصفة فقال: اصنع ما بدا لك، فذهب الرجل واشترى الرؤوس وحملها إلى عياله، وعاد إلى بشر بعدما أكلها مع عياله، فقال له: أين ما قلتُ لك؟ قال: قلتَ لي: اصنع ما بدا لك، وقد بدا لي ما فعلتُ، فرجع عن قوله وأخذ بالاستحسان.

ووجه الاستحسان ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم: «أنه دفع دينارًا إلى حكيم بن حزام وأمره بأن يشتري له شاة للأضحية، ولم يبين صفتها».

قوله: ثُمَّ إِنْ كَانَ اللَّفْظُ يَجْمَعُ أَجْنَاسًا - كالدابة والثوب - أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الأَجْنَاسِ،

لا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ وَإِنْ بَيَّنَ الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ الثَّمَنِ يُوجَدُ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ فَلا يُدْرَى مُرَادُ الآمِرِ لِتَفَاحُشِ الجَهَالَةِ (وَإِنْ كَانَ جِنْسًا يَجْمَعُ أَنْوَاعًا لا يَصِحُّ إلَّا بِبَيَانِ الثَّمَنِ أَوِ النَّوْعِ)؛ لِأَنَّهُ بِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ يَصِيرُ النَّوْعُ مَعْلُومًا، وَبِذِكْرِ النَّوْعِ تَقِلُّ الجَهَالَةُ فَلَا تَمْنَعُ الامْتِثَالَ. مِثَالُهُ: إذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ أَوْ جَارِيَةٍ لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَنْوَاعًا فَإِنْ بَيَّنَ النَّوْعَ كَالتُّرْكِيِّ وَالحَبَشِيِّ أَوِ الهِنْدِيِّ أَوِ السِّنْدِيِّ أَوِ المُوَلَّدِ جَازَ، وَكَذَا إذَا بَيَّنَ الثَّمَنَ لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَوْ بَيَّنَ النَّوْعَ أَوِ الثَّمَنَ وَلَمْ يُبَيِّنِ الصِّفَةَ وَالجَوْدَةَ وَالرَّدَاءَةَ وَالسِّطَةَ جَازَ؛ لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ، وَمُرَادُهُ مِنَ الصِّفَةِ المَذْكُورَةِ فِي الكِتَابِ النَّوْعُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ اشْتَرِ لِي ثَوْبًا أَوْ دَابَّةً أَوْ دَارًا فَالوَكَالَةُ بَاطِلَةٌ) لِلْجَهَالَةِ الفَاحِشَةِ، فَإِنَّ الدَّابَّةَ فِي حَقِيقَةِ اللُّغَةِ اسْمٌ لِمَا يَدِبُّ عَلَى وَجْهِ الأَرْضِ. وَفِي العُرْفِ يُطْلَقُ عَلَى الخَيْلِ وَالحِمَارِ وَالبَغْلِ فَقَدْ جَمَعَ أَجْنَاسًا، وَكَذَا الثَّوْبُ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ المَلْبُوسَ مِنَ الأَطْلَسِ إلَى الكِسَاءِ وَلِهَذَا لا يَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا وَكَذَا الدَّارُ

كالدار والرقيق على ما يجيء في الكتاب.

المُوَلَّد: خانه زاد، وذكر في «المغرب»: المولَّدة: التي ولدت ببلاد الإسلام.

السِّطَة: مع الوسط كالعدة والوعد، والعظة والوعظ، في أن التاء عوضت في آخرها عن الواو الساقطة من أولها في المصدر، والفعل من حد ضربَ، (درميانه شدن).

قوله: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ اشْتَرِ لِي ثَوْبًا أَوْ دَابَّةً أَوْ دَارًا فَالوَكَالَةُ بَاطِلَةٌ، أي: وإن بيَّن الثمن وقد ذكرناه، ولمَّا بطلت الوكالة كان الشراء واقعًا على الوكيل، وبه صرح في نُسخ «الجامع الصَّغير» فقال: رجل أمر رجلًا أن يشتري له ثوبًا أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة.

قوله: وَكَذَا الدَّارُ، أي: لا يصح التوكيل بشراء الدار مطلقاً.

تَشْمَلُ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الأَجْنَاسِ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا فَاحِشًا بِاخْتِلَافِ الأَغْرَاضِ وَالجِيرَانِ وَالمَرَافِقِ وَالمَحَالِّ وَالبُلْدَانِ فَيَتَعَذَّرُ الِامْتِثَالُ.

قَالَ: (وَإِنْ سَمَّى ثَمَنَ الدَّارِ وَوَصَفَ جِنْسَ الدَّارِ وَالثَّوْبِ جَازَ) مَعْنَاهُ نَوْعُهُ، وَكَذَا إِذَا سَمَّى نَوْعَ الدَّابَّةِ بِأَنْ قَالَ حِمَارًا أَوْ نَحْوَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ دَرَاهِمَ وَقَالَ اشْتَرِ لِي بِهَا طَعَامًا فَهُوَ عَلَى الحِنْطَةِ وَدَقِيقِهَا) اسْتِحْسَانًا. وَالقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ عَلَى كُلِّ مَطْعُومٍ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ كَمَا فِي اليَمِينِ

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصَّغير»: والدار أيضًا بين الجنس والنوع؛ لأنَّه تختلف بقلة المرافق وكثرتها، فإن بيَّن الثمن تلحق بجهالة النوع، وإن لم يبين تلحق بجهالة الجنس، وعلى قول المتأخرين يشترط بيان المحلة؛ لأنَّها تختلف باختلاف المحال، وبما سمي من الثمن يوجد الدار في كل محلة، وكذا لو قال: اشتر لي حنطة لا يصح ما لم يبين عدد القُفزان أو الثمن؛ لأنَّ هذا الاسم يتناول القليل والكثير.

قوله: وَإِنْ سَمَّى ثَمَنَ الدَّارِ وَوَصَفَ جِنْسَ الدَّارِ وَالثَّوْبِ جَازَ، مَعْنَاهُ: نَوْعُهُ، وتقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية «المبسوط» فقال فيه: وإن وكَّله بأن يشتري له دارًا ولم يسم ثمنًا لم يجز ذلك على الآمر، ثم قال: وإن سمَّى الثمن جاز؛ لأنَّ بتسميته الثمن تصير معلومةً عادةً، وإن بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة، والمتأخرون من مشايخنا يقولون: في ديارنا لا تجوز إلا ببيان المحلة.

قوله: وَكَذَا إِذَا سَمَّى نَوْعَ الدَّابَّةِ بِأَنْ قَالَ حِمَارًا، أي: يصح التوكيل بشراء الحمار وإن لم يسم الثمن؛ لأنَّ الجنس صار معلومًا بالتسمية، وإنَّما بقيت الجهالة في الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن.

فإن قيل: لا كذلك فالحمير أنواع، منها ما يصلح لركوب العظماء، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل عليه؟ قلنا: هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلومًا بمعرفة حال الموكل، حتى قالوا: إن القاضي إذا أمر إنسانًا أن يشتري له حمارًا ينصرف إلى ما يركب مثله، حتى

عَلَى الأَكْلِ إِذِ الطَّعَامُ اسْمٌ لِمَا يُطْعَمُ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ العُرْفَ أَمْلَكُ وَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ إِذَا ذُكِرَ مَقْرُونًا بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَلَا عُرْفَ فِي الأَكْلِ فَبَقِيَ عَلَى الوَضْعِ، وَقِيلَ إِنْ كَثُرَتِ الدَّرَاهِمُ فَعَلَى الحِنْطَةِ، وَإِنْ قَلَّتْ فَعَلَى الخُبْزِ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ فَعَلَى الدَّقِيقِ.

لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأُذُنين لا يجوز عليه، بخلاف ما إذا أمره الْفَالَيْرِيُّ بذلك، كذا في «المبسوط»، وصرح فيه بأن التوكيل بشراء الحمار بدون ذكر الثمن جائز.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ العُرْفَ أَمْلَكُ - أي: أقوى - وَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، أي: العرف في شراء الطعام إنما يقع على الحنطة ودقيقها، وبائع الطعام في الناس يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه، فصار التقييد الثابت بالعُرف كالثابت بالنص، كذا في «المبسوط».

وقوله: وَقِيلَ إِنْ كَثُرَتِ الدَّرَاهِمُ فَعَلَى الحِنْطَةِ، إلى آخره، ليس بقول مخالف للأول، بل هو داخل في الأول، وإليه أشار في «المبسوط»، و«الذخيرة»، فقال في «المبسوط» بعدما ذكر ما قلنا: ثم إن قلَّ الدراهم فله أن يشتري بها خبزًا، وإن كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز؛ لأنَّ ادخاره غير ممكن، وإنما يمكن الادخار في الحنطة.

وذكر في «الذخيرة»: وإذا وكَّل رجلاً بأن يشتري طعامًا ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحسانًا، وينصرف التوكيل إلى الحنطة، ودقيقها، وخبزها، وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها، إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف إلا الخبز، فالتوكيل يتصرف إلى الخبز، إلى آخره، ثم قال: قال القدوري رحمه الله: إذا قال: الرجل قد اتخذ وليمةً، يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وإن كثرت الدراهم، فإذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر.

ثم ما ذكره من انصراف اسم الطعام إلى الحنطة ودقيقها في الشراء عرف أهل الكوفة، فإن سوق الحنطة ودقيقها سوق الطعام، فأمَّا في عرف غير أهل الكوفة التوكيل ينصرف إلى شراء كل مطعوم، وبعض مشايخ ما وراء النهر قالوا: الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى الوَكِيلُ وَقَبَضَ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِالعَيْبِ مَا دَامَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ العَقْدِ وَهِيَ كُلُّهَا إِلَيْهِ (فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَى المُوَكِّلِ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ)؛ لِأَنَّهُ انْتَهَى حُكْمُ الوَكَالَةِ، وَلِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ يَدِهِ الحَقِيقِيَّةِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَلِهَذَا كَانَ خَصْمًا لِمَنْ يَدَّعِي فِي المُشْتَرِي دَعْوَى كَالشَّفِيعِ وَغَيْرِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى المُوَكِّلِ لا بَعْدَهُ.

من غير إدام كاللحم المطبوخ، والمشوي، ونحوه فينصرف التوكيل إليه دون الحنطة، والدقيق، والخبز، قال الصدر الشهيد رحمه الله: وعليه الفتوى، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَى المُوَكِّلِ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ؛ وهذا لأنَّ الوكيل بالشراء في حق الحقوق أصيل كأنه عقد بنفسه، وفي حق الملك نائب ورسول على أصح الأقوال، وشبه النيابة لا يطلق له الرد من غير استطلاع رأي الموكل، فعلمنا بشبه الأصالة قبل الدفع إلى الموكل ليمكننا العمل بالشبهين؛ لأنَّا لو عملنا بشبه النيابة قبل التسليم إلى الموكل، وفيه إزالة ملك الموكل لا غير يلزمنا العمل بشبه النيابة بعد التسليم إلى الموكل، وفيه إزالة ملك الموكل ويده، فحينئذٍ يتعطل العمل بالشبهين فلذلك عملنا على الوجه الذي قلنا، ليمكننا العمل بالشبهين، فلو رضي الوكيل بالعيب وأبرأ البائع عن العيب صح الإبراء.

وهذا الجواب ظاهر على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنَّ الرد بالعيب من حقوق العقد، والوكيل أصيل في حق الحقوق، ألا ترى أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن عندهما، فالوكيل بالشراء يملك إبراء البائع عن العيب أيضًا، وأمَّا على قول أبي يوسف رحمه الله فقد اختلف المشايخ عامتهم على أنه يصح إبراء الوكيل البائع عن العيب، وفرَّقوا بين هذا وبين إبراء الوكيل بالبيع والمشتري عن الثمن عند أبي يوسف رحمه الله، فإن ذلك ليس بصحيح عنده.

والفرق أن الوكيل بالشراء والبيع أصيل من وجه، فاعتبرنا جهة الأصالة في حقوق لا تضر بالموكل نحو المطالبة بتسليم المبيع والثمن وما أشبه ذلك، فاعتبرنا جهة النيابة

قَالَ: (وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِعَقْدِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ)؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُهُ بِنَفْسِهِ فَيَمْلِكُ التَّوْكِيلَ بِهِ عَلَى مَا مَرَّ، وَمُرَادُهُ التَّوْكِيلُ بِالإِسْلَامِ دُونَ قَبُولِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لا يَجُوزُ،

في حقوق تضر بالمالك، والإبراء عن الثمن يضر بالمالك؛ لأنَّ قبل هذا كان الثمن في ذمة المشتري وبعد الإبراء لا يصير الثمن في ذمة الوكيل، وربما يكون المشتري أملَاء، أمَّا الإبراء عن العيب لا يضر بالموكل؛ لأنَّه لا يثبت في حق الموكل بعد الإبراء إلا ما كان ثابتًا قبل الإبراء، فإن قبل الإبراء للموكل خيار أن يرضى بالعيب وأن لا يرضى، ويلزم الوكيل، وهذا الخيار باق بعد الإبراء عن العيب فنزل في حق هذا منزلة المالك، وإنما كان للموكل هذا الخيار بعد رضى الوكيل بالعيب؛ لأنَّ الثابت في حق الحقوق عقدان تقديرًا، فرضاء الوكيل بالعيب يوجب بطلان الرد في عقده، أمَّا لا يوجب بطلان الرد في عقد الموكل، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُهُ بِنَفْسِهِ فَيَمْلِكُ التَّوْكِيلَ بِهِ، فتذكر هاهنا ورود مسألة التوكيل بالاستقراض شبهة حيث يملك الموكل الاستقراض بنفسه، ولا يملك التوكيل به وقد ذكرناه، وكذلك ورود مسألة الوكالة من جانب المسلم إليه شبهة أيضًا؛ فإنَّ المسلم إليه لو باشر بنفسه لقبول المسلم فيه في ذمته يجوز، ولو وكَّل غيره به لا يجوز على ما نذكر.

قوله: عَلَى مَا مَرَّ، - أي: في أول كتاب الوكالة - **وَمُرَادُهُ التَّوْكِيلُ بِالإِسْلَامِ دُونَ قَبُولِ السَّلَمِ**، أي: يصح توكيل رب السلم غيره بأن يعقد عقد السلم من جهة المسلم إليه، ولفظ الإسلام إنما يستعمل من جانب رب السلم يقال: أسلم في كذا، أي: اشترى شيئًا بالسلم.

قوله: لِأَنَّ ذَلِكَ لا يَجُوزُ، أي: لأنَّ التوكيل بقبول المُسلَّم فيه من جانب المسلم إليه لا يجوز؛ لأنَّه لو صحَّ التوكيل بذلك يجب أن يبيع الوكيل طعامًا في ذمة نفسه على أن يكون الثمن لموكله وهو المسلَّم إليه، وذلك لا يجوز؛ لأنَّ من باع ملك نفسه في الأعيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون.

وذكر في «المبسوط» في باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع: وإذا وكَّله بأن يأخذ له دراهم في طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها للموكل فالطعام على الوكيل، وللوكيل على الموكل دراهم قرض؛ لأنَّ أصل التوكيل باطل، فإن المسلم إليه أمره ببيع الطعام.

فَإِنَّ الوَكِيلَ يَبِيعُ طَعَامًا فِي ذِمَّتِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ لِغَيْرِهِ، وَهَذَا لا يَجُوزُ.

قوله: فِي ذِمَّتِهِ، أي: في ذمة الوكيل، ولو أمره أن يبيع عين ماله على أن يكون الثمن للآمر كان باطلًا، فكذلك إذا أمره أن يبيع طعامًا في ذمته؛ وهذا لأنَّه إنما يعتبر أمره فيما لا يملك المأمور بدون أمره، وهو في قبول السلم في الطعام يستغنِي عن أمر الغير وقبول السلم من صنع المفاليس، فالتوكيل به باطل كالتَّكدِّي، فالحاصل أن التوكيل من المسلم إليه بقبول عقد السَّلم باطل، والتوكيل من رب السلم بإعطاء الدراهم في طعام السلم جائز، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدًا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له، فإذا سلَّمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضًا له عليه.

فإن قلتَ: فقد يجوز التوكيل بشيءٍ يجب في ذمة الوكيل كما في التوكيل بالشراء، فإن الوكيل هو المطالب بالثمن هناك، فلِمَ لا يجوز هنا توكيل المسلم إليه غيره بقبول السلم على أن يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه كما في هناك، والجامع بينهما معنى الدينية؛ فإن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه كالثمن فإنه دين في ذمة المشتري.

قلتُ: جمع بينهما معنى الدينية ولكن بين الدينين فرق؛ فإن المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لم يجز الاستبدال به، وليس للثمن حكم المبيع، فلم يلزم من جواز التوكيل بقبول الثمن الذي هو جارٍ مجرى التبع في البياعات جواز التوكيل بقبول المبيع الذي هو الأصل من كل وجه.

أو نقول: ما قاله في «الذخيرة» حيث قال فيها: إن التوكيل بقبول السلم توكيل بما لا يملك الموكل بنفسه بقضية الأصل؛ لأنَّ قبول السلم ببيع ما ليس عنده، وبيع ما ليس عند الإنسان مما لا يملكه بنفسه، فكان القياس أن لا يجوز لو قبل الموكل بنفسه كما في بيع العين إذا باع ما لا يملك، لكن عرفنا ذلك بالنصّ؛ فإن النبي صلَّى الله عليه وسلم رخص في السلم، والرخصة وردت في بيع ما ليس عنده، لا في الآمر ببيع ما ليس عنده، بخلاف التوكيل بالشراء حيث يصح وإن لم يكن الثمن في ملكه؛ لأنَّ الشراء بما ليس عند الإنسان جائز على موافقة القياس، فكان الآمر به جائزًا على موافقة القياس أيضًا، ذكره في أنواع الفصل الثانِي

(فَإِنْ فَارَقَ الوَكِيلُ صَاحِبَهُ قَبْلَ القَبْضِ بَطَلَ العَقْدُ) لِوُجُودِ الِافْتِرَاقِ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ (وَلا يُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ المُوَكِّلِ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِدٍ وَالمُسْتَحِقُّ بِالعَقْدِ قَبْضُ العَاقِدِ وَهُوَ الوَكِيلُ فَيَصِحُّ قَبْضُهُ وَإِنْ كَانَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ الحُقُوقُ كَالصَّبِيِّ وَالعَبْدِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الرَّسُولِ؛ لِأَنَّ الرِّسَالَةَ فِي العَقْدِ لا فِي القَبْضِ، وَيَنْتَقِلُ كَلَامُهُ إِلَى المُرْسِلِ

والعشرين من بيوع «الذخيرة».

قوله: فَإِنْ فَارَقَ الوَكِيلُ صَاحِبَهُ قَبْلَ القَبْضِ بَطَلَ العَقْدُ، هذا إذا كان الموكل غائبًا عن مجلس العقد، وأمَّا إذا كان حاضرًا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فَلَا يُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ المُوَكِّلِ، كذا ذكره الإمام خواهر زاده رحمه الله.

قوله: فَيَصِحُّ قَبْضُهُ - أي: قبض الوكيل بدل الصرف؛ لأنَّه عاقد - وَإِنْ كَانَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ الحُقُوقُ كَالصَّبِيِّ، وكلمة (إِنْ) للوصل، وهذا لدفع سؤال يرد على أصل الوكالة في البياعات؛ فإن الصبي المحجور والعبد المحجور إذا توكلا من آخر يصح، ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم بل يرجع على موكلهما، وقد مرَّ قبيل هذا الباب بقوله: وَإِنْ وَكَّلَا صَبِيًّا، إلى أن قال: وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الحُقُوقُ، فكيف تعلق هاهنا بالصبي المحجور والعبد المحجور التسليم والتسليم في بدل الصرف، وهما وكيلان فيه، حتى بطل بيع الصرف بمفارقتهما قبل قبض بدل الصرف دون مفارقة موكلهما، والجواب عنه أن قبض الصبي المحجور والعبد المحجور صحيح وإن كان لا يلزمهما، فدارَ هاهنا شرط جواز بيع الصرف الذي هو القبض بالصحة لا باللزوم.

وذكر في وكالة «المبسوط» في باب الوكالة في الصرف والسلم: وفي حكم التقابض المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس، وغيبة الموكل لا تضر، وهذا غير مشكل فيما إذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد؛ لأنَّه بمنزلة العاقد لنفسه، وكذلك إن كان ممَّن لا يتعلق به حقوق العقد؛ لأن قبضه وتسليمه صحيح وإن كان لا يتوجه عليه المطالبة، ففي حكم صحة التقابض هو بمنزلة وكيل يتعلق به حقوق العقد.

فَصَارَ قَبْضُ الرَّسُولِ قَبْضَ غَيْرِ العَاقِدِ فَلَمْ يَصِحَّ.

قَالَ: (وَإِذَا دَفَعَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ وَقَبَضَ المَبِيعَ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى المُوَكِّلِ)؛ لِأَنَّهُ انْعَقَدَتْ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ، وَلِهَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ يَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ المُوَكِّلُ بِالعَيْبِ عَلَى الوَكِيلِ وَقَدْ سَلَّمَ المُشْتَرِي لِلْمُوَكِّلِ مِنْ جِهَةِ الوَكِيلِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ وَلِأَنَّ الحُقُوقَ لَمَّا كَانَتْ رَاجِعَةً إِلَيْهِ وَقَدْ عَلِمَهُ المُوَكِّلُ يَكُونُ رَاضِيًا بِدَفْعِهِ مِنْ مَالِهِ (فَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ هَلَكَ مِنْ مَالِ المُوَكِّلِ وَلَمْ يَسْقُطِ الثَّمَنُ)؛ لِأَنَّ يَدَهُ كَيَدِ المُوَكِّلِ،

قوله: بِخِلَافِ الرَّسُولَيْنِ، حيث لا يصح قبضهما، فكان هذا متعلقًا **بقوله:** فَيَصِحُّ قَبْضُهُ، ثم المعنيّ من الرسولين هو الرسول في باب الصَّرف، والرسول في باب السلم، لا أن يكون معناه الرسول من الجانبين في الصرف، والرسول من الجانبين في السلم، أي: من جانب رب السلم، ومن جانب المسلم إليه؛ لأنه كما لا تجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك لا تجوز الرسالة من جانب المسلم إليه.

قوله: فَلَمْ يَصِحَّ، أي: فلم يصح العقد بقبض الرسولين.

قوله: انْعَقَدَتْ بَيْنَهُمَا - أي: بين الوكيل والموكل - مُبَادَلَةٌ، أي: بيع.

قوله: وَلِهَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ يَتَحَالَفَانِ، والتحالف من خصائص المبادلة.

قوله: فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ، أي: فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن.

قوله: لَمَّا كَانَتْ رَاجِعَةً إِلَيْهِ، أي: إلى الوكيل.

قوله: يَكُونُ رَاضِيًا، أي: فيكون الموكل راضيًا بدفع الوكيل من مال نفسه، فإذا دفع الوكيل من مال نفسه بسبب أمر الموكل إيَّاه بالشِّراء كان الموكل راضيًا أيضًا برجوع الوكيل عليه بما أدّى.

فَإِذَا لَمْ يَحْبِسْهُ يَصِيرُ الْمُوَكِّلُ قَابِضًا بِيَدِهِ (وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ مِنَ الْمُوَكِّلِ. وَقَالَ زُفَرُ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ صَارَ قَابِضًا بِيَدِهِ فَكَأَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ فَيَسْقُطُ حَقُّ الْحَبْسِ.

قوله: يَصِيرُ الْمُوَكِّلُ قَابِضًا بِيَدِهِ - أي: بيد الوكيل - وَلَهُ - أي: وللوكيل - أَنْ يَحْبِسَهُ - أي: المبيع من الموكل- حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، سواءٌ كان الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لم يدفع، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: ولم يذكر محمد رحمه الله في شيءٍ من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع، وسلَّم المبيع إليه هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفي الدراهم منه؟ حُكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله: أن له ذلك وأنه صحيح؛ لأنَّ حق الحبس للوكيل في موضع نقد الدراهم ليس لأجل ما نقد، بل لأجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل وبين الموكل، وهذا المعنى لا يختلف بين ما بعد نقد الوكيل الثمن وبين ماقبل نقده ذلك.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ صَارَ قَابِضًا بِيَدِهِ، أي: بيد الوكيل إذا صار الموكل قابضًا بقبض الوكيل، بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل، فكأنه قبضه حقيقةً ثم دفعه إلى الوكيل؛ وهذا لأنَّ المقبوض أمانة في يد الوكيل والثمن دين له على صاحبه، وليس للأمين أن يحبس الأمانة بدينه على صاحبها.

ولنا أن الموكل ملك المشتري بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه الوكيل عليه، فكان له أن يحبس العين به كالبائع مع المشتري؛ وهذا لأنَّ الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشتري؛ إمَّا لأنَّ الموكل يتلقى الملك من الوكيل بعوض، أو بعقد الوكيل بعوض، ولهذا لو اختلف الوكيل والموكل في الثمن تحالفا، ولو وجد به الموكل عيبًا ردَّه على الوكيل.

قوله: لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ صَارَ قَابِضًا، بقبض الوكيل ففيه طريقان:

أحدهما: أن قبض الوكيل متردد يجوز أن يكون لتتميم مقصود الموكل، ويجوز أن

قُلْنَا: هَذَا لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ فَلَا يَكُونُ رَاضِيًا بِسُقُوطِ حَقِّهِ فِي الحَبْسِ، عَلَى أَنَّ قَبْضَهُ مَوْقُوفٌ فَيَقَعُ لِلْمُوَكِّلِ إِنْ لَمْ يَحْبِسْهُ وَلِنَفْسِهِ عِنْدَ حَبْسِهِ.

يكون لإحياء حق نفسه، وإنما يتبين أحدهما عن الآخر بجنسه فكان الأمر فيه موقوفًا في الابتداء إن لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملًا له، وإن حبسه عنه عرفنا أنه كان عاملًا لنفسه، وأن الموكل لم يصر قابضًا بقبضه.

والثاني: أن هذا قبض لا يمكن التحرز عنه؛ لأنَّ الوكيل لا يتوسل إلى الحبس ما لم يقبض، ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضًا، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حقه في الحبس؛ لأنَّ سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه، ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلى التحرز عنه، فإذا حبسه الوكيل فهلكَ في يده فعلى قول زفر رحمه الله هو غاصب فعليه ضمان مثله، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يهلك هلاك المرهون مضمونـًا بأقل من قيمته ومن الثمن، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يهلك هلاك المبيع مضمونـًا بالثمن قل أو كثر.

فأبو يوسف رحمه الله يقول: ما صار مضمونًا عليه بالحبس بحقه بعد أن لا يكون مضمونًا فيكون في معنى المرهون، بخلاف المبيع فإنه مضمون بنفس العقد حبسه البائع أو لم يحبس، يوضحه: أنه يحبسه ليستوفي ما أدّى عنه من الثمن، والحبس للاستيفاء حكم الرهن؛ ولأن بِهلاكه لا ينفسخ أصل البيع، بخلاف المبيع إذا هلك في يد البائع فسقوط الثمن هناك لانفساخ البيع.

وهما يقولان: الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري، بدليل ما بيَّنا من جريان التحالف والرد بالعيب، فكما أن المبيع إذا هلك في يد البائع يسقط الثمن قل أو كثر، فكذلك هاهنا، ولا نقول: العقد لا ينفسخ هاهنا، بل انفسخ فيما بين الوكيل والموكل وإن لم ينفسخ في حق البائع، ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل بالمشترى عيبًا فرده ورضي به الوكيل، فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بينه وبين الموكل، والدليل على أن هذا ليس نظير الرهن أن هذا الحبس يثبت في النصف الشائع فيما يحتمل القسمة، والحبس بحكم الرهن لا يثبت

(فَإِنْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ كَانَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الرَّهْنِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَضَمَانَ المَبِيعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَضَمَانَ الغَصْبِ عِنْدَ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛

في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة، إنما يثبت ذلك بحكم البيع فعرفنا أنه كالمبيع، كذا في باب الوكالة في السلم من بيوع «المبسوط».

وذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء من وكالة «المبسوط»: أن العبد المشترى إذا مات في يد الوكيل قبل أن يمنعه من الآمر مات من مال الآمر؛ لأنَّ الوكيل في القبض عامل للآمر فيصير الآمر بقبض الوكيل قابضا حكماً ما لم يمنعه منه، فإذا هلك هلك من مال الآمر وللوكيل أن يرجع عليه بالثمن، بخلاف ما إذا منعه؛ لأنَّه صار مستردًا ليده؛ أو لأنَّ بالمنع يتبيَّن أنه كان في القبض عاملًا لنفسه لا للآمر، قلنا: هذا إشارة إلى كون الموكل قابضاً بقبض الوكيل.

وقوله: فَإِنْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ كَانَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الرَّهْنِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَضَمَانَ المَبِيعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ... وَضَمَانَ الغَصْبِ عِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُمُ اللهُ، فصورة ظهور هذه الاختلافات ما إذا كان الثمن خمسة عشر مثلًا، وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل عند من يقول بضمان الرهن، ولا يرجع أحدهما على الآخر عند من يقول بضمان الغصب، أو المبيع، ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر، يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب، ويسقط الثمن كله، ولا يجب شيء عند من يقول بضمان المبيع.

فإن قلتَ: لمَّا تثبت المبادلة الحكمية بين الوكيل والموكل على أصلنا، فمن أين وقع الفرق بين الوكيل هاهنا وبين المشتري في حق الشفيع؟ حتى أن الأجل الثابت في حق الوكيل هاهنا يثبت في حق الموكل، والأجل الثابت في حق المشتري لا يثبت في حق الشفيع، مع أن حقيقة المشتري انتقلت إلى الشفيع حكماً عند ثبوت الشفعة للشفيع على ما يجيء في الشفعة إن شاء الله تعالى، فكأن المشتري في الشفعة مع الوكيل بالشراء هاهنا متوازنين.

قلتُ: ذكر ذلك الفرق في وكالة «المبسوط» فقال: والبائعُ إذا أخَّر المال عن المشتري

لِأَنَّهُ مَنْعٌ بِغَيْرِ حَقٍّ، لَهُمَا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ البَائِعِ مِنْهُ فَكَانَ حَبْسُهُ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ فَيَسْقُطُ بِهَلَاكِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالحَبْسِ لِلِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ وَهُوَ الرَّهْنُ بِعَيْنِهِ بِخِلَافِ المَبِيعِ؛ لِأَنَّ البَيْعَ يَنْفَسِخُ بِهَلَاكِهِ وَهَا هُنَا لا يَنْفَسِخُ أَصْلُ العَقْدِ. قُلْنَا: يَنْفَسِخُ فِي حَقِّ المُوَكِّلِ وَالوَكِيلِ، كَمَا إِذَا رَدَّهُ المُوَكِّلُ بِعَيْبٍ وَرَضِيَ الوَكِيلُ بِهِ.

لم يكن للمشتري أن يأخذ من الآمر، بمنزلة ما لو اشترى بثمن مؤجل لم يرجع على الآمر قبل حلول الأجل؛ وهذا لأنَّ الوكيل إنما يستوجب على الآمر مثل ما وجب للبائع عليه بصفته، وهذا بخلاف الشفيع مع المشتري، فإن الأجل الثابت في حق المشتري لا يثبت في حق الشفيع؛ لأنَّ الشفيع إنما يتملك المبيع بعقد جديد سوى عقد المشتري، فالأجل المذكور في عقد لا يثبت في عقد آخر، وهاهنا الموكل إنما يتملك بذلك العقد الذي باشره الوكيل، والأجل ثابت في حق الوكيل بحكم ذلك العقد فيثبت في حق الموكل أيضًا.

فإن قلتَ: لو كان مباشرة الوكيل هاهنا بمنزلة مباشرة الموكل، لوجبَ أن يكون إبراء البائع الوكيل عن الثمن بمنزلة إبراء الموكل، حتى لا يرجع الوكيل على الموكل عند إبراء البائع بمنزلة إبراء الطالب الكفيل، بل يرجع الوكيل هاهنا على الموكل وإن أبرأه البائع.

قلتُ: إن إبراء الوكيل إنما لم يمنعه عن الرجوع إلى الموكل؛ لأنَّ ثبوت حق الرجوع له بالشِّراء لا بالأداء، بخلاف الكفيل إذا أُبرئ لا يرجع على الأصيل؛ لأن ثبوت حق الرجوع له بالأداء، أو بتملكه ما في ذمته، وذلك بالإبراء لا يحصل، كذا في وكالة «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ مَنْعٌ بِغَيْرِ حَقٍّ، أي: على أصل مذهب زُفر رحمه الله.

قوله: أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالحَبْسِ لِلِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ، أي: بعد أن لم يكن مضمونًا قبل الحبس، وإنما ذكر هذا للفرق بين هذا وبين المبيع في يد البائع كما هو قولهما، فإن المبيع في يد البائع مضمون ابتداءً قبل الحبس وبعده بسبب البيع، لا بسبب الحبس، وهاهُنا مضمون بعد الحبس لا قبله، فكان هذا نظير الرهن لا نظير المبيع.

قوله: رَدَّهُ المُوَكِّلُ - أي: إلى الوكيل - وَرَضِيَ الوَكِيلُ بِهِ، فإنه يصير للوكيل.

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ أَرْطَالٍ لَحْمٍ بِدِرْهَمٍ فَاشْتَرَى عِشْرِينَ رِطْلًا بِدِرْهَمٍ مِنْ لَحْمٍ يُبَاعُ مِنْهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ بِدِرْهَمٍ لَزِمَ الْمُوَكِّلَ مِنْهُ عَشَرَةٌ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَلْزَمُهُ الْعِشْرُونَ بِدِرْهَمٍ) وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمُحَمَّدٌ لَمْ يَذْكُرِ الخِلَافَ فِي الأَصْلِ. لِأَبِي يُوسُفَ

قوله: مِنْ لَحْمٍ يُبَاعُ مِنْهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ بِدِرْهَمٍ، أي: إذا كانت عشرة الأرطال من ذلك اللحم تساوي قيمته درهمًا، إنما قُيِّد به؛ لأنَّه إذا كانت عشرة الأرطال منه لا تساوي درهمًا نفذ الكل على الوكيل بالإجماع، كذا في «الذخيرة».

قوله: لَزِمَ الْمُوَكِّلَ مِنْهُ عَشَرَةٌ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فإن قيل: ينبغي أن لا يلزم الآمر عشرة بنصف درهم على قوله؛ لأنَّ هذه العشرة ثبتت ضمنًا للعشرين لا قصدًا، وهو قد وكَّله بشراء عشرة قصدًا، ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة رحمه الله، كما إذا قال لرجل: طلِّق امرأتي واحدة، فطلَّقها ثلاثًا لا يقع إلا واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضًا تبعًا له.

قلنا: ذاك مسلم في الطلاق؛ لأنَّ المتضمن لم يثبت أصلًا لا من الموكل لعدم التوكيل به، ولا من الوكيل لعدم شرطه؛ لأنَّ المرأة مرأة الموكل لا مرأة الوكيل، فأمَّا هاهنا إذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل؛ لأنَّ الشراء إذا وجد نفاذًا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل، كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء، فلمَّا ثبت المتضمن وهو العشرون ثبتَ ما في ضمنه وهو العشرة، إلا أن الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم، فهو مخالف إلى خير فلا تكون مخالفة فينفذ على الموكل؛ ولأن الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فحينئذٍ كان الكل مقصودًا فلا يتحقق الضمن في الشِّراء، كذا نقل عن الإمام المحقِّق مولانا حميد الدين رحمه الله.

قوله: وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي: في بعض نسخ القدوري.

قوله: وَمُحَمَّدٌ لَمْ يَذْكُرِ الخِلَافَ فِي الأَصْلِ، أي: في وكالة «المبسوط» في آخر باب

أَنَّهُ أَمَرَهُ بِصَرْفِ الدِّرْهَمِ فِي اللَّحْمِ وَظَنَّ أَنَّ سِعْرَهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ، فَإِذَا اشْتَرَى بِهِ عِشْرِينَ فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا وَصَارَ كَمَا إِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ بِأَلْفٍ فَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ أَرْطَالٍ وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِشِرَاءِ الزِّيَادَةِ فَيَنْفُذُ شِرَاؤُهَا عَلَيْهِ وَشِرَاءُ العَشَرَةِ عَلَى المُوَكِّلِ بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَ بِهِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَاكَ بَدَلُ مِلْكِ المُوَكِّلِ فَيَكُونُ لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى مَا يُسَاوِي عِشْرِينَ رِطْلًا بِدِرْهَمٍ

الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه: لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور؛ لأنَّه أمره بشراء قدر مسمى، فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان مشتريـًا لنفسه، وفي القدر الذي تناوله أمره قد حصل مقصوده، وزاده منفعة بالشراء بأقل مما سمَّى له فكان مشتريًا للآمر.

قوله: فَيَنْفُذُ شِرَاؤُهَا عَلَيْهِ، أي: شراء الزيادة على الوكيل وشراء العشرة على الموكل.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما ذكره في «الذخيرة»، و«التتمَّة» محالًا إلى «المنتقى»، وهو أنه إذا أمره أن يشتري له ثوبًا هرويًّا بعشرة، فاشتري له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز البيع في واحد منهما، وهناك أيضًا حصل مقصود الآمر وزاده فيه خيرًا، حيث اشترى له ما أمره بأن يشتري بعشرة اشترى له بخمسة، ومع ذلك لا ينفذ ما اشتراه على الآمر في شيءٍ منهما، فكيف نفذ هاهنا شراء العشرة على الموكل.

قلتُ: يحتمل أن الفرق إنَّما نشأ من حيث أن اللحم من ذوات الأمثال، كذا اختاره صاحب «المحيط» رحمه الله؛ لما أنه من الموزونات، والأصل في المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الأمثال، وفي ذوات الأمثال لا تتفاوت القيمة إذا كانت من جنس واحد، وصفة واحدة، وكلامنا فيه؛ لأنَّ الكلام فيما إذا كان ذلك اللحم من لحم يباع عشرة أرطال منه بدرهم، ولمَّا كان كذلك كان للوكيل أن يجعل للموكل أيّ عشرة شاء، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم، والثوبان وإن كانا متساويين في القيمة لكن ذلك إنما يعرف بالحرز

حَيْثُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ الآمِرَ يَتَنَاوَلُ السَّمِينَ وَهَذَا مَهْزُولٌ فَلَمْ يَحْصُلْ مَقْصُودُ الآمِرِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ) لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَغْرِيرِ الآمِرِ حَيْثُ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ وَلِأَنَّ فِيهِ عَزْلَ نَفْسِهِ وَلا يَمْلِكُهُ عَلَى مَا قِيلَ إِلَّا بِمَحْضَرٍ مِنَ المُوَكِّلِ، فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مُسَمًّى فَاشْتَرَى بِخِلَافِ جِنْسِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّى فَاشْتَرَى بِغَيْرِ النُّقُودِ

والظن، وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولًا، فلا ينفذ على الآمر كذلك.

وإلى هذا أشار في التعليل في «التتمَّة» فقال: لأنِّي لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة؛ لأنَّ القيمة لا تعرف إلا بالحرز والظن.

قوله: وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ، سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه، أو صرح بالشراء لنفسه بأن قال: اشهدوا أنِّي قد اشتريتُ لنفسي، إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خير، أو خالف إلى جنس آخر غير الذي سمَّاه الموكل، هذا إذا كان الموكل غائبًا، فإن كان حاضرًا أو صرَّح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريًا لنفسه، كذا في «التتمَّة».

ووضع المسألة في العبد في «الذخيرة» ثم قال: وإنما كان كذلك؛ لأنَّ العبد إذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه، فمتى أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء لموكله نوى أو لم ينو، وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضرًا فأشهد أنه اشترى لنفسه فإنه يكون مشتريًا لنفسه؛ لأنَّه عزل نفسه بمقتضى الإقدام على الشراء لنفسه، وله عزل نفسه حال حضرة الموكل، ولا كذلك حال غيبة الموكل، ولو اشتراه الوكيل بأكثر من الثمن الأول أو بجنس آخر فإنه يصير مشتريـًا لنفسه؛ لأنَّ هذا الشراء غير داخل تحت الوكالة، وما يفعله الوكيل على موافقة الآمر فإنه يقع لموكله نوى أو لم ينو حتى يفيد التوكيل فائدته.

قوله: فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مُسَمًّى فَاشْتَرَى بِخِلَافِ جِنْسِهِ، أي: في هذه الصورة، وهي ما إذا وكله بشراء شيءٍ بعينه.

أَوْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِشِرَائِهِ فَاشْتَرَى الثَّانِي وَهُوَ غَائِبٌ يَثْبُتُ المِلْكُ لِلْوَكِيلِ الأَوَّلِ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَ الآمِرِ فَيَنْفُذُ عَلَيْهِ. وَلَوِ اشْتَرَى الثَّانِيَ بِحَضْرَةِ الوَكِيلِ الأَوَّلِ نَفَذَ عَلَى المُوَكِّلِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُخَالِفًا.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها أنه إذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به يصح، فيقع النكاح على الوكيل لا على الموكل، مع أنه لم يخالف فيما أمر به من المهر.

قلتُ: الفرق فيه هو أن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت الوكالة؛ لأنَّ الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل، فإن الوكيل بالنكاح يضيف النكاح إلى موكله فيقول: تزوجتك لفلان، فإذا قال: تزوجتك لم يأت بالنكاح المأمور به فنفذ على الوكيل، فأمَّا الداخل تحت التوكيل بشراءِ شيء بعينه شراءً مطلقـًا بمثل الثمن المأمور به، لا الشراء المضاف إلى الموكل، وقد أتى بذلك والوكيل إذا أتى بما دخل تحت الوكالة فإنه يقع لموكله، فإن كان قد وكَّل الوكيل رجل آخر بشراء هذا الشيء المعين أيضـًا فاشتراه الوكيل الثانِي فهو للموكل الأول دون الموكل الثانِي؛ لأنَّ الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه بمثل الثمن المأمور به، فلا يملك لغيره بالطريق الأولى؛ لأنَّه يتصرف على نفسه بولاية أصلية، وعلى غيره بولاية عارضية، والولاية الأصلية أقوى من العارضية، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَا يَمْلِكُهُ عَلَى مَا قِيلَ، أي: ولا يملك الوكيل عزل نفسه عند غيبة الموكل، ولا يخرج عن الوكالة بعزله نفسه من غير علم الموكل، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَوِ اشْتَرَى الثَّانِيَ بِحَضْرَةِ الوَكِيلِ الأَوَّلِ نَفَذَ عَلَى المُوَكِّلِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُخَالِفًا، فإن قلتَ: ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء، والنكاح، والخلع، والكتابة إذا وكَّل غيره ففعل الثانِي بحضرة الأول، أو فعل أجنبي ذلك فبلغ الوكيل فأجاز ذلك يجوز، وبين الوكيل بالطلاق، والعتاق، فإنه لو وكَّل الوكيل رجلًا فطلق أو أعتق الثانِي لا يقع وإن كان بحضرة الوكيل الأول، والرواية في «التتمَّة»، و«الذخيرة».

....

قلتُ: قد رأيتُ وجه الفرق في بعض الحواشي بأن الطلاق والعتاق يتعلقان بالشروط، فكان أمر الموكل للأول جعل شرطاً لوقوع الطلاق والعتاق بعبارته، فلا يتأدَّى ذلك الشرط بعبارة الآخر، بخلاف البيع ونحوه فإنه من الإثباتات فلا يحتمل التعليق بالشرط، فلم يكن البيع معلقاً بعبارته، بل المراد منه وجود البيع ونحوه بعلمه، وفي بيع وكيله بحضرته يوجد ذلك فيصح، إلا أن هذا التعليل ينتقض بمسألتين:

إحداهما: ما ذكره في «المبسوط» في باب توكيل الزوج بالطلاق من باب الوكالة بقوله: ولو وكله بطلاقها فأبى أن يقبل ثم طلقها لم يقع، فقال: لأن الوكالة ارتدت برده، فكأنَّها ارتدت برجوع الموكل عنها، فلو كان التوكيل بالطلاق بمنزلة التعليق بعبارته لما صحَّ الرد منه.

والثانية: هي صحة عزل الوكيل بالطلاق، فإن الرجل إذا وكَّل رجلًا بطلاق امرأته، أو بإعتاق عبده على مال، أو على غير مال فللموكل أن يعزله، ذكره في وكالة «المبسوط» أيضًا.

وذكر في وكالة «التتمَّة»: ولو قال لإمراته: طلقي ضرتكِ فلها أن يعزلها، فلو كان هذا بمنزلة التعليق بعبارة الوكيل بالطلاق والعتاق لما صحَّ عزله.

والصحيح من الفرق ما ذكره في «الذخيرة» فقال: إن الوكيل بالطلاق والعتاق رسول؛ لأنَّ العمل بحقيقة الوكالة متعذر؛ لأنَّ التوكيل لتفويض الرأي إلى الوكيل وجعله بمنزلة المالك، وتفويض الرأي إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي، والطلاق المفرد والعتاق المفرد لا يحتاج فيهما إلى الرأي، فيتعذر العمل بما تقتضيه حقيقة الوكالة فجعلناها مجازًا عن الرسالة؛ لأنَّ الوكالة تتضمن معنى الرسالة، والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور مأمورًا بنقل عبارة الآمر، لا بشيءٍ آخر، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل في شيءٍ فلذلك لم يملك التوكيل، فأمَّا في البيع والنكاح وغيرهما العمل بحقيقة الوكالة ممكن؛ لأنَّ البيع ونحوه ممَّا يحتاج فيه إلى الرأي فاعتبر المأمور وكيلًا، والوكيل بمنزلة المالك من حيث أن الرأي مفوض إليه، والمالك كان يملك مباشرة البيع بنفسه ويملك الإجازة فكذا الوكيل.

قَالَ: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ: فَاشْتَرَى عَبْدًا فَهُوَ لِلْوَكِيلِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ نَوَيْتُ الشِّرَاءَ لِلْمُوَكِّلِ أَوْ يَشْتَرِيَهُ بِمَالِ المُوَكِّلِ) قَالَ: هَذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَى وُجُوهٍ: إِنْ أَضَافَ العَقْدَ إِلَى دَرَاهِمِ الآمِرِ كَانَ لِلْآمِرِ وَهُوَ المُرَادُ عِنْدِي بِقَوْلِهِ أَوْ يَشْتَرِيهِ بِمَالِ المُوَكِّلِ دُونَ النَّقْدِ مِنْ مَالِهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا وَخِلَافًا،

قوله: لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُخَالِفًا؛ وذلك لأنَّه إذا كان حاضرًا يصير كأنه هو المباشر للعقد، ألا ترى أن الأب إذا زوَّج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز، فتجعل كأنَّها هي التي باشرت العقد فكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين، كذا في «المبسوط»، وتجيء مسألة توكيل الوكيل بعد هذا.

قوله: إِنْ أَضَافَ العَقْدَ إِلَى دَرَاهِمِ الآمِرِ كَانَ لِلْآمِرِ، ووضع المسألة في «المبسوط» في الدنانير ثم قال:

فإن قيل: الشراء لا يتعلق بتلك الدنانير فشراء الوكيل بها وبغيرها سواء؛ لأنَّ الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ، قلنا: لا نقول: يتعلق الشراء بتلك الدنانير وإنما تتقيد الوكالة بها، والوكالة تتقيد بالمال المضاف إليه، ألا ترى أنه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة، وإذا تعلقت الوكالة بتلك الدنانير لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة، على أن الشراء قد يتعلق بالدنانير المضاف إليها نوع تعلق، ألا ترى أن من اشترى بالدنانير المغصوبة ونقدها لم يطب له الفضل، بخلاف ما إذا اشترى بغيرها ونقدها.

قوله: دُونَ النَّقْدِ مِنْ مَالِهِ؛ - أي: دون الإعطاء من مال الموكل - لِأَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا، أي: لأنَّ في النقد تفصيلًا بعد أن يشتريه بدراهم مطلقة، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل، وإن نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل.

قوله: وَخِلَافًا، أي: فيما إذا تصادقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء أنه يشتريه للموكل أو للوكيل، فعلى قول محمد رحمه الله العقد للوكيل، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يحكم النقد على ما يجيء.

وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ وَهُوَ مُطْلَقٌ. وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى دَرَاهِمِ نَفْسِهِ كَانَ لِنَفْسِهِ،

قوله: وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ، أي: لو أضاف العقد إلى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالإجماع.

قوله: وَهُوَ مُطْلَقٌ، أي: قوله: أَوْ يَشْتَرِيهِ بِمَالِ المُوَكِّلِ، مطلق غير مقيد بأنه في حالة الشراء أضاف العقد إلى دراهم الآمر، أو لم يضف فيُحمل ذلك المطلق على هذا المقيد، وهو أنه أراد بقوله: أَوْ يَشْتَرِيهِ بِمَالِ المُوَكِّلِ، إضافة العقد إلى دراهم الموكل بهذه الدلالة، وهي دلالة الإجماع؛ فإن في فصل الإضافة إلى دراهم الموكل إجماعًا على أن الشراء يقع للموكل، وأمَّا في النقد من مال الموكل خلاف، وفي الإضافة إلى دراهم الوكيل يكون للوكيل بالإجماع.

وذكر في «الذخيرة»: الوكيل بشراء شيء بغير عينه إذا اشترى ما وكل به بمثل الثمن الذي هو داخل في الوكالة، ثم ادعى بعد ذلك أنه اشترى لنفسه لا لموكله، فإن لم يكن الثمن مدفوعًا إليه يصدق، وإن كان الثمن مدفوعًا إليه فإن أضاف الشراء إليه ونقد منه فالشراء للموكل، ولا يصدق الوكيل في قوله: اشتريتُ لنفسي، إلا أن يصدقه الموكل، وإن أضاف الشراء إليه ونقد من غيره فكذلك الجواب، وللوكيل أن يحبس المنقود لنفسه استحسانًا، وإن أضاف الشراء إلى غيره والنقد منه فالشراء يقع للوكيل من حيث الظاهر، حتى لا يصدق الوكيل في أنه اشتراه للموكل، وإذا نقد مال الموكل يصير ضامنًا إلا أنه يصدقه الموكل فيما قال.

وإن اشترى بدراهم مطلقة فهو على وجهين: إن اشترى حالًا يحكم النقد، إن نقد من دراهم الموكل فالشراء للموكل، وإن نقد من مال نفسه فالشراء له، وإن لم ينقد يرجع في البيان إلى الوكيل ويعتبر بيانه، وإن اشترى مؤجلًا فالشراء يكون للوكيل، حتى لو ادعى الشراء بعد ذلك للموكل لا يصدق إلا أن يصدقه الموكل.

وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله مسألة الوكيل بالسَّلم وجعلها على وجوه: إن أضاف الوكيل النقد إلى دراهم الآمر فالعقد للآمر وإن نواه لنفسه، وإن أضاف العقد إلى دراهم نفسه فالعقد له وإن نواه للآمر، وإن عقد العقد بعشرة مطلقة فإن تصادقا أنه نواه للآمر فهو للآمر وإن نقد دراهم نفسه بعد ذلك، وإن تصادقا أنه نواه لنفسه فهو له وإن نقد دراهم

حَمْلًا لِحَالِهِ عَلَى مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا أَوْ يَفْعَلُهُ عَادَةً إِذِ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ بِإِضَافَةِ العَقْدِ إِلَى دَرَاهِمِ غَيْرِهِ مُسْتَنْكَرٌ شَرْعًا وَعُرْفًا. وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى دَرَاهِمَ مُطْلَقَةٍ، فَإِنْ نَوَاهَا لِلْآمِرِ فَهُوَ لِلْآمِرِ، وَإِنْ نَوَاهَا لِنَفْسِهِ فَلِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِنَفْسِهِ وَيَعْمَلَ لِلْآمِرِ فِي هَذَا التَّوْكِيلِ، وَإِنْ تَكَاذَبَا فِي النِّيَّةِ يَحْكُمُ النَّقْدُ بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّيَّةُ قَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: هُوَ لِلْعَاقِدِ؛

الآمر بعد ذلك، وإن اختلفا في النية فادعى الوكيل أنه نواه لنفسه وادعى الموكل أنه نواه له، فإنه ينظر إن نقد دراهم الموكل يقع العقد للموكل، وإن نقد دراهم نفسه يقع العقد له، وإن تصادقا على أنه لم تحضره النية فعلى قول محمد رحمه الله العقد للوكيل، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يحكم النقد.

وقوله: حَمْلًا لِحَالِهِ عَلَى مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا، متصل بقوله: إِنْ أَضَافَ العَقْدَ إِلَى دَرَاهِمِ الآمِرِ كَانَ لِلْآمِرِ، يعني: أنه إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر ينبغي أن يقع للآمر؛ لأنه لو لم يقع للآمر كان واقعًا للوكيل، فلو وقع العقد للوكيل عند إضافة العقد إلى دراهم الآمر كان الوكيل غاصبًا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعًا.

قوله: أَوْ يَفْعَلُهُ عَادَةً، معطوف على قوله: يَحِلُّ لَهُ، يعني: أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافًا إلى دراهم معينة أن يقع الشراء لصاحب الدراهم؛ لأنَّ المشتري إذا اشترى لموكله يشتريه مطلقاً من غير إضافة إلى دراهم نفسه، وهنا لمَّا أضاف العقد إلى الدراهم يقع العقد لصاحب الدراهم حملًا لآمره على وفق العادة، وحاصله أنه إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر يكون للآمر، فلو قلنا بأن الشراء واقع للوكيل كان فيه حملاً لأمر الوكيل على ما لا يحل شرعًا وهو الغصب، وذلك لا يجوز.

وكذلك لو أضاف العقد إلى دراهم نفسه يكون له؛ لأنَّا لو قلنا بأن الشراء واقع للموكل كان حملاً لأمره على خلاف العادة، وهو أيضًا لا يصح؛ لأنَّ الأصل هو وفاق العادة، فلهذه الضرورة جعلنا الشراء لصاحب الدراهم حين وقعت الإضافة إلى الدراهم.

لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ إِلَّا إِذَا ثَبَتَ جَعَلَهُ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يَثْبُتْ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَحْكُمُ النَّقْدُ؛ لِأَنَّ مَا أَوْقَعَهُ مُطْلَقًا يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ فَيَبْقَى مَوْقُوفًا، فَمِنْ أَيِّ المَالَيْنِ نَقَدَ فَقَدْ فَعَلَ ذَلِكَ الْمُحْتَمَلَ لِصَاحِبِهِ وَلِأَنَّ مَعَ تَصَادُقِهِمَا يَحْتَمِلُ النِّيَّةَ لِلْآمِرِ، وَفِيمَا قُلْنَا حَمْلُ حَالِهِ عَلَى الصَّلَاحِ كَمَا فِي حَالَةِ التَّكَاذُبِ. وَالتَّوْكِيلُ بِالإِسْلَامِ فِي الطَّعَامِ عَلَى هَذِهِ الوُجُوهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِأَلْفٍ فَقَالَ قَدْ فَعَلْتُ وَمَاتَ عِنْدِي وَقَالَ الآمِرُ

قوله: يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ، أي: يحتمل أن يقع الشراء للآمر، أو يقع للوكيل.

قوله: وَفِيمَا قُلْنَا حَمْلُ حَالِهِ عَلَى الصَّلَاحِ، وهو أن لا يصير الوكيل غاصبًا دراهم الموكل.

قوله: وَالتَّوْكِيلُ بِالإِسْلَامِ فِي الطَّعَامِ عَلَى هَذِهِ الوُجُوهِ، أي: وفاقًا وخلافًا؛ وإنما ذكر هذا مع أن حكم التوكيل بالإسلام يستفاد من بيان حكم التوكيل بشراء العبد نفيًا لقول بعض مشايخنا؛ فإنَّهم قالوا في مسألة الشراء: إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعًا، ولا يحكم النقد، وإنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسألة التوكيل بالإسلام، وهذا القائل فرَّق بين مسألة الشراء وبين مسألة السَّلم على قول أبي يوسف رحمه الله، والفرق أن للنقد أثرًا في تنفيد السلم؛ فإنه إذا لم ينقد رأس المال يبطل السلم، فإذا جهل من نقد العقد عليه وجبت استبانة ذلك بالنقد، وأمَّا ليس للنقد أثر في تنفيذ الشراء حتى يستبان من نفذ عليه الشراء بالنقد فاعتبرنا العقد وافقًا للعاقد عملًا بقضية الأصل، كذا في «الذخيرة».

وفرَّق أبو يوسف رحمه الله بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير إذا أطلق النية عند الإحرام فإنه يكون عاقدًا لنفسه؛ لأنَّ الحج عبادة والعبادات لا تتأدى إلا بالنية، فكان مأمورًا بأن ينوي الحج عن المحجوج عنه، ولم يفعل فصار مخالفًا بترك ما هو الشرط، أمَّا في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفًا، فيبقى حكم عقده موقوفًا على النقد، كذا في باب الوكالة بالسلم من بيوع «المبسوط».

اشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِكَ فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ، فَإِنْ كَانَ دَفَعَ إِلَيْهِ الأَلْفَ فَالقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ)؛ لِأَنَّ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ أَخْبَرَ عَمَّا لا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ وَهُوَ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الآمِرِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ. وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي هُوَ أَمِينٌ يُرِيدُ الخُرُوجَ عَنْ عُهْدَةِ الأَمَانَةِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ. وَلَوْ كَانَ العَبْدُ حَيًّا حِينَ اخْتَلَفَا، إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا فَالقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْقُودًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَ الشِّرَاءِ فَلَا يُتَّهَمُ فِي الإِخْبَارِ عَنْهُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ

قوله: لِأَنَّ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ - وهو ما إذا لم يكن الثمن منقودًا إلى الوكيل - أَخْبَرَ عَمَّا لا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ، أي: استئناف العقد؛ لأنَّ العبد ميت والكلام فيه، والعبد الميت ليس بمحل لعقد الشراء، ولمَّا لم يملك الوكيل استئناف الشراء فيه كان قول الوكيل بأنِّي قد فعلتُ وماتَ عندي لإرادة الرجوع على الموكل بالثمن وهو ينكر، فكان القول قول الموكل، وعن هذا وقع في بعض النسخ: لا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ وَهُوَ بهذا يريد الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الآمِرِ، وهذا ظاهر.

وفي بعض النُّسخ: لا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ وَهُوَ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ، فوجهه: أي: لا يملك الوكيل استئناف سبب الرجوع بالثمن وهو العقد بعد موت العبد، وإنما قال: وَهُوَ الرُّجُوعُ، ولم يقل: وهو العقد؛ لأنَّ مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر، لا العقد لأجل الآمر فترك الواسطة وهي العقد، وصرَّح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكر السبب وإرادة للسبب.

وجاز هذا؛ لأنَّ الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لأجل الآمر؛ لأنَّه يملك استئناف الشراء؛ لأنَّ العبد حي والحي محل الشراء فيملك أن يشتريه في الحال لأجل الآمر.

فإن قيل: الشراء لا يتوقف بخلاف البيع، ولمَّا وقع شراؤه أولًا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل؟

- رَحِمَهُ اللهُ -: القَوْلُ لِلْآمِرِ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تُهْمَةٍ بِأَنِ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا رَأَى الصَّفْقَةَ خَاسِرَةً أَلْزَمَهَا الآمِرَ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ تَبَعًا لِذَلِكَ وَلا ثَمَنَ فِي يَدِهِ هَاهُنَا، وَإِنْ كَانَ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ اخْتَلَفَا وَالعَبْدُ حَيٌّ فَالقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ سَوَاءٌ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا أَوْ غَيْرَ مَنْقُودٍ، وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ، وَلا تُهْمَةَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لا يَمْلِكُ

قلنا: تملك استئناف الشراء دائر مع التصوُّر، فيتصور أن يتفاسخ الوكيل الشراء مع بائعه ثم يشتريه لأجل الموكل.

قوله: فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ، أي: قوله: اشتريتُ لك بتلك الألف عبدًا وماتَ عندي.

قوله: تَبَعًا لِذَلِكَ، أي: تبعـًا لخروج الوكيل عن عهدة الأمانة التي هي الألف المنقودة - وَلا ثَمَنَ فِي يَدِهِ هَاهُنَا، أي: فيما إذا كان العبد حيًّا والثمن غير منقود إلى الوكيل، فلم يوجد المتبوع وهو كون الوكيل أمينًا في حق الألف المنقودة، فلا يوجد التبع وهو قبول قوله بطريق التبعية؛ لخروج الوكيل عن عهدة الأمانة فلذلك لا يقبل قوله هاهنا، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودًا إلى الوكيل؛ لأنَّه أخبر عما يملك استئنافه في الحال ولا تهمة فيه.

فإن قيل: الوليُّ إذا أقرَّ بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رضي الله عنه، مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال، قلنا: **قوله: يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ**، وقع على قولهما، **وقوله: لا تُهْمَةَ فِيهِ**، وقع على قول أبي حنيفة رحمه الله، فكان في هذه المسألة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج، فلمَّا لم يكن **قوله: يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ**، على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يرد الإشكال على قوله.

أو نقول: لو كان في تزويج الصغيرة إخباره عند حضور شاهدين يُقبل قوله عنده أيضًا، فكان ذلك عبارةً عن إنشاء النكاح ابتداءً فلا يرد الإشكال؛ لما أنه إنما لا يقبل هناك إقراره بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين؛ لأنَّه لا يتصور إنشاء شرعـًا لعدم الشهود فكان لا يملك

شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ بِمِثْلِ ذَلِكَ الثَّمَنِ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ عَلَى مَا مَرَّ، بِخِلَافِ غَيْرِ المُعَيَّنِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ بِعْنِي هَذَا العَبْدَ لِفُلَانٍ فَبَاعَهُ ثُمَّ أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ فُلَانٌ أَمَرَهُ ثُمَّ جَاءَ فُلَانٌ وَقَالَ أَنَا أَمَرْتُهُ بِذَلِكَ فَإِنَّ فُلَانًا يَأْخُذُهُ)؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ السَّابِقَ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالوَكَالَةِ عَنْهُ فَلَا يَنْفَعُهُ الإِنْكَارُ اللَّاحِقُ.

استئنافه، فاطَّرد الجواب عنده في المسألتين.

قوله: فِي حَالِ غَيْبَتِهِ، قيّد به؛ لأنَّه تملك شراءه لنفسه حال حضرة الموكل، وإن كانت وكالته بشراء شيءٍ بعينه لما مرَّ عن قريب.

وقوله: عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، إشارة إلى قوله: لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تُهْمَةٍ، إلى آخره، وهذه المسألة في باب الوكالة بالبيع، والشراء من كتاب بيوع «الجامع الصَّغير».

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تفريعاتها مضبوطة فقال: وهذه المسألة على وجهين: إمَّا أن وكله بشراء عبد بعينه، أو بغير عينه، وكل ذلك على وجهين: إمَّا أن كان الثمن منقودًا أو لم يكن، وكل ذلك على وجهين: إمَّا أن كان العبد قائمًا أو هالكًا، فإن كان الثمن منقودًا فالقول قول الوكيل في جميع الوجوه؛ لأنَّه يدعي خروج نفسه عن عهدة الأمانة.

قوله: فَإِنَّ فُلَانًا يَأْخُذُهُ - أي: لذلك الفلان ولاية الأخذ من المشتري إن ادعى الآمر إيَّاه بالشراء - لِأَنَّ قَوْلَهُ السَّابِقَ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالوَكَالَةِ عَنْهُ فَلَا يَنْفَعُهُ الإِنْكَارُ اللَّاحِقُ.

فإن قيل: قوله: بِعْنِي هَذَا العَبْدَ لِفُلَانٍ، يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رحمه الله في كتاب الشفعة: ولو أن أجنبيًّا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار فقال الشفيع: سلمتُها لك بطلت الشفعة استحسانًا، كأنه قال: سلمتُ هذه الشفعة لأجلك.

قلنا: اللام للتمليك، ولهذا لو قال الشفيع ذلك غير مسبوق بسؤال التسليم لا يصح التسليم، ويتضح ما قلنا بما قدمنا ذكره في كتاب الإيمان: إذا قال: إن بعتُ ثوبًا لك، وإنما

(فَإِنْ قَالَ فُلَانٌ لَمْ آمُرْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ)؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ المُشْتَرَى لَهُ فَيَكُونُ بَيْعًا عَنْهُ وَعَلَيْهِ العُهْدَةُ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُشْتَرِيًا بِالتَّعَاطِي، كَمَنِ اشْتَرَى لِغَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ حَتَّى لَزِمَهُ ثُمَّ سَلَّمَهُ المُشْتَرَى لَهُ، وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ التَّسْلِيمَ عَلَى وَجْهِ البَيْعِ يَكْفِي لِلتَّعَاطِي وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَقْدُ الثَّمَنِ، وَهُوَ يَتَحَقَّقُ فِي النَّفِيسِ

حمل على الإسقاط فيما ذكرنا لكونه مسبوقـًا بسؤال الإسقاط، وما نحن فيه ليس كذلك، كذا في «الفوائد الظهيريَّة» في كتاب البيوع منها.

قوله: إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ المُشْتَرَى لَهُ، هذا رُوي بروايتين: بكسر الراء على صيغة اسم الفاعل، وبفتح الراء على صيغة اسم المفعول، فعلى الكسر يكون المشتري فاعلًا، **وقوله:** لَهُ، أي: لأجله، ويكون المفعول الثانِي محذوف وهو: إليه، أي: إلا أن يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لأجل فلان إليه، وعلى الفتح يكون: المُشْتَرَى لَهُ، مفعولًا ثانيًا بدون حرف الجر وهو فلان، والفاعل مضمر، أي: إلا أن يسلم الفضولي العبد إلى المشترى له وهو فلان، وهذا الاستثناء من **قوله:** لَمْ يَكُنْ لَهُ، أي: لم يكن لفلان إلا في صورة التسليم إليه، وإنما ذكر صورة التسليم إليه؛ لأنَّ فلانـًا لو قال: أجزتُ بعد **قوله:** لَمْ آمُرْهُ بِهِ، لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشترِي، كذا ذكره الإمام شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله في «شرح الجامع الصَّغير» ثم قال: لأنَّ الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز، وهذا عقد جائز نافذ على المشتري.

قوله: وَعَلَيْهِ العُهْدَةُ، أي: وعلى فلان الآمر تقديرًا عهدة الأخذ بتسليم الثمن.

وقوله: لِأَنَّهُ صَارَ مُشْتَرِيًا بِالتَّعَاطِي، دال على هذا، وهو أن الضمير في: وَعَلَيْهِ، راجع إلى فلان، وكذلك ما ذكره شمس الأئمَّة نص فيه أيضـًا حيث قال: وكانت العهدة عليه، ثم قال: يعنِي أن فلانـًا بمنزلة المشتري للعبد منه ابتداءً، فتكون عهدة الأخذ على المشترِي، وهكذا ذكره الإمام قاضي خان أيضًا.

قوله: وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِي البَابِ، أي: التراضي بمبادلة مال بمال، وهو المعتبر في باب البيع لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، وهذا موجود في بيع

وَالخَسِيسِ لِاسْتِتْمَامِ التَّرَاضِي وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِي البَابِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ ثَمَنًا فَاشْتَرَى لَهُ أَحَدَهُمَا جَازَ)؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ، وَقَدْ لا يَتَّفِقُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي البَيْعِ (إِلَّا فِيمَا لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِالشِّرَاءِ، وَهَذَا كُلُّهُ بِالإِجْمَاعِ (وَلَوْ أَمَرَهُ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُمَا بِأَلْفٍ وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِنِ اشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ أَوْ أَقَلَّ جَازَ، وَإِنِ اشْتَرَى بِأَكْثَرَ لَمْ يَلْزَمَ الآمِرَ)؛ لِأَنَّهُ قَابَلَ الأَلْفَ بِهِمَا

التعاطي فكان بيعًا صحيحًا وإن لم يتلفظا بلفظ البيع والشراء.

قوله: فَاشْتَرَى لَهُ أَحَدَهُمَا جَازَ، أي: اشترى أحدهما بمثل القيمة، أو بما يتغاين الناس فيه بأن كان غبنًا يسيرًا.

قوله: لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِالشِّرَاءِ، قيّد به احترازًا عن التوكيل بالبيع، فإن ذلك يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه بالغبن الفاحش، وأمَّا في التوكيل بالشراء فلا يتحمل الغبن الفاحش بالإجماع.

قوله: وَهَذَا كُلُّهُ بِالإِجْمَاعِ، وبهذا يحترز عما ذكرنا من التوكيل بالبيع على ما ذكرنا، ويحترز أيضًا من التوكيل بشراء العبدين بأعيانهما وقد سمَّى له ثمنهما، واشترى أحدهما بأزيد من النصف لم يلزم ذلك الشراء الآمر عند أبي حنيفة رحمه الله، قلَّتِ الزيادة أو كثرت وهي المسألة الثانية، بخلاف هذه المسألة، فإنه إذا اشترى أحدهما بأزيد من قيمته بشيءٍ يسيرٍ بحيث يتغابن الناس في مثله يلزم الآمر بالإجماع، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر سوى تلك الزيادة قليلة أو كثيرة عند أبي حنيفة رحمه الله.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن بعض مشايخنا قالوا: ليس في المسألة خلاف في الحقيقة، فإن قول أبي حنيفة رحمه الله محمول على ما إذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها، فأمَّا إذا كانت الزيادة قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعًا؛ لأنَّه لا تسمية في حق هذا الواحد، فهو كما لو وكَّله بشراء عبد له ولم يسم ثمنًا

وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ دَلَالَةً، فَكَانَ آمِرًا بِشِرَاءِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ الشِّرَاءُ بِهَا مُوَافَقَةٌ وَبِأَقَلَّ مِنْهَا مُخَالَفَةٌ إلَى خَيْرٍ وَالزِّيَادَةُ إلَى شَرٍّ قَلَّتِ الزِّيَادَةُ أَوْ كَثُرَتْ فَلَا يَجُوزُ (إلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ الْبَاقِيَ بِبَقِيَّةِ الْأَلْفِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا اسْتِحْسَانًا)؛ لِأَنَّ شِرَاءَ الْأَوَّلِ قَائِمٌ وَقَدْ حَصَلَ غَرَضُهُ الْمُصَرَّحُ بِهِ وَهُوَ تَحْصِيلُ الْعَبْدَيْنِ بِالْأَلْفِ وَمَا ثَبَتَ الِانْقِسَامُ إلَّا دَلَالَةً وَالصَّرِيحُ يَفُوقُهَا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إنِ اشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِأَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الْأَلْفِ بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الْأَلْفِ مَا يُشْتَرَى بِمِثْلِهِ الْبَاقِي جَازَ)؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ لكِنَّهُ يَتَقَيَّدُ

فاشتراه بأكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز، كذا هنا، قال شيخ الإسلام رحمه الله: والظاهر أن المسألة على الاختلاف، فإنه أطلق الجواب على قول أبي حنيفة رحمه الله، وفصَّل الجواب على قولهما.

قوله: إلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ الْبَاقِيَ بِبَقِيَّةِ الْأَلْفِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا اسْتِحْسَانًا، وإنما قيّد بالاستحسان؛ لأنَّ جواب القياس هو أن لا يلزم الآمر إذا اشترى أحدهما بأزيد من خمسمائة وإن قلَّت الزيادة، واشترى الباقي بما بقي من الألف قبل أن يختصما؛ لما أن الخلاف قد ثبتَ.

وجه الاستحسان أن الموكل صرَّح بتحصيل العبدين بالألف، والتنصيف ثابت بدلالة كلامه لما مرَّ، فإذا اشترى الباقي بما بقي من المال فقد جاء أوان الصَّريح وأمكن العمل به، ومع إمكان العمل بالصريح لا معنى للعمل بالدلالة، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَمَا ثَبَتَ الِانْقِسَامُ إلَّا دَلَالَةً وَالصَّرِيحُ يَفُوقُهَا، يعني: يعارض حكم الدلالة مع حكم الصريح هاهنا؛ لأنَّه لمَّا قابل الألف بهما وقيمتهما سواء، كان توكيلًا بأن يشتري كل واحد منهما بخمسمائة من غير زيادة دلالة، ولكن لم ينص على تلك التسوية صريحاً، وقد صرَّح بتحصيل العبدين بهذه الألف، ثم لو نظرنا إلى حكم الدلالة ينبغي أن لا يلزم العبد المشترى بأكثر من خمسمائة على الموكل، وإن اشترى الباقي قبل الاختصام؛ لأنَّه خالف

بِالْمُتَعَارَفِ وَهُوَ فِيمَا قُلْنَا، وَلَكِنْ لا بُدَّ أَنْ يَبْقَى مِنَ الأَلْفِ بَاقِيَةٌ يُشْتَرَى بِمِثْلِهَا البَاقِي لِيُمْكِنَهُ تَحْصِيلُ غَرَضِ الآمِرِ.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا العَبْدَ فَاشْتَرَاهُ جَازَ)؛ لِأَنَّ فِي تَعْيِينِ المَبِيعِ تَعْيِينَ البَائِعِ؛ وَلَوْ عَيَّنَ البَائِعَ يَجُوزُ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. قَالَ: (وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ فَمَاتَ فِي يَدِهِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الآمِرُ مَاتَ مِنْ مَالِ المُشْتَرِي، وَإِنْ قَبَضَهُ الآمِرُ فَهُوَ لَهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَقَالَا: هُوَ لازِمٌ لِلْآمِرِ إِذَا قَبَضَهُ المَأْمُورُ)،

الآمر وترك حكم دلالة كلامه.

ولو نظرنا إلى صريح كلامه وهو تحصيل هذين العبدين بالألف، ينبغي أن يلزم الآمر كلاهما؛ لأنه عمل بموجب صريح كلامه حيث حصَّل هذين العبدين بتلك الألف، فرجحنا العمل بالصريح؛ لأنَّ الصريح أبدًا راجح على الدلالة.

قوله: وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا العَبْدَ، إلى أن قال: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: هُوَ لازِمٌ لِلْآمِرِ، وأصل هذا أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين على الوكيل، فإن كان البائع متعينًا أو المبيع معينًا يتعين البائع بتعيينه صح بالإجماع، وإن لم يكن كذلك فهو على الخلاف.

وجه قولهما: أن ما لا يتعين بالتعيين إذا كان عيناً لا يتعين بالتعيين إذا كان ديناً؛ بدليل أنه لو اشترى بالدين الذي له عليه ثم تصادقا أن لا دين عليه كان الشراء جائزًا، وإذا لم يتعين صارت الإضافة والإطلاق سواءً، ولو أطلق يجوز فكذا إذا قيِّد، كما لو قال له: تصدق بما لي عليك على المساكين، فإنه يجوز، وكذلك لو أجَّر حماماً بأجرة معلومة، وأمر المستأجر بالمرمَّة من الأجرة، أو أجَّر دابته وأمر المستأجر بأن يشتري له بالأجرة عبدًا يسوق الدابة، وينفق على الدابة، وصار هذا كما لو كان البائع أو المبيع متعينًا.

وَعَلَى هَذَا إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يُسَلِّمَ مَا عَلَيْهِ أَوْ يَصْرِفَ مَا عَلَيْهِ. لَهُمَا أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لا يَتَعَيَّنَانِ فِي المُعَاوَضَاتِ دَيْنًا كَانَتْ أَوْ عَيْنًا، أَلا يَرَى أَنَّهُ لَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لا دَيْنَ لا يَبْطُلُ العَقْدُ فَصَارَ الإِطْلَاقُ وَالتَّقْيِيدُ فِيهِ سَوَاءً فَيَصِحُّ التَّوْكِيلُ وَيَلْزَمُ الآمِرَ؛ لِأَنَّ يَدَ الوَكِيلِ كَيَدِهِ.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين، وهذا لا يملك تمليك الدين من غير من عليه الدين بنفسه، فكذلك لا يملك الآمر به، وهذا بخلاف ما لو عيَّن البائع أو المبيع؛ لأنَّ البائع ينتصب وكيلًا من الآمر بقبض الدين؛ لأنَّه معلوم فيكون مأمورًا بتمليك العين، فيصير البائع قابضًا لصاحب الدين أولًا ثم يصير قابضًا لنفسه، ومتى أبهم المبيع أو البائع يكون البائع مجهولًا، والمجهول لا يصلح وكيلًا، كما لو قال: ادفع ما لي عليك من الدين إلى من شئتَ، وهذا بخلاف ما لو قال: أطعم عنِّي عشرة مساكين، أو قال: أدِّ زكاة مالي، فإنه يجوز، والفقير ينتصب وكيلًا وإن كان مجهولًا؛ لأنَّه إنما ينتصب وكيلًا عن الله تعالى في قبض حقه، والله تعالى علمه محيط بكل شيء، فيكون الفقير الذي يقبضه معلومًا لله تعالى.

وأمَّا مسألة الحمام ونحوها قيل: ذلك قولهما، ولئن كان قول الكل فإنما جاز باعتبار الضرورة؛ لأنَّ المستأجر لا يجد الآجر في كل وقت، فجعلنا الحمَّام قائمًا مقام الآجر في القبض، وأمَّا مسألة التصادق في الشراء بأن لا دين له عليه، قلنا: إن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء عينًا أو دينًا، ولكن يتعين في الوكالات، فلمَّا لم تتعين في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين، كذا ذكره الإمام المرغيناني، وقاضي خان، والمحبوبي رحمهم الله.

قوله: وَعَلَى هَذَا إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يُسَلِّمَ مَا عَلَيْهِ أَوْ يَصْرِفَ مَا عَلَيْهِ، أي: يعقد عقد السَّلم، أو يعقد عقد الصرف من غير تعيين المسلم إليه، ومن يعقد به عقد الصرف، بأن قال: أسلم ما لي عليك في كذا كان على الاختلاف، أمَّا لو قال: أسلم ما لي عليك إلى فلان في كذا، صحَّ بالإجماع، وإنَّما خصَّهما نفيًا لوهم من يهم بأنه لا يجوز التوكيل فيهما لاشتراط القبض في المجلس.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الوَكَالاتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَيَّدَ الوَكَالَةَ بِالعَيْنِ مِنْهَا أَوْ بِالدَّيْنِ مِنْهَا ثُمَّ اسْتَهْلَكَ العَيْنَ أَوْ أَسْقَطَ الدَّيْنَ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ، وَإِذَا تَعَيَّنَتْ كَانَ هَذَا تَمْلِيكُ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْ دُونِ أَنْ يُوَكِّلَهُ بِقَبْضِهِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى بِدَيْنٍ عَلَى غَيْرِ المُشْتَرِي أَوْ يَكُونُ أَمْرًا بِصَرْفِ مَا لا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالقَبْضِ قَبْلَهُ، وَذَلِكَ بَاطِلٌ كَمَا إِذَا قَالَ أَعْطِ مَالِي عَلَيْكَ مَنْ شِئْتَ،

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الوَكَالاتِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَيَّدَ الوَكَالَةَ بِالعَيْنِ مِنْهَا، إلى آخره، أي: الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالات، لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل، وأمَّا قبل التسليم إليه فلا يتعين في الوكالات أيضًا بالإجماع؛ لأنَّه ذكر في «الذخيرة» وقال:

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: رجل قال لغيره: اشتر لي بهذه الألف الدرهم جارية وأراه الدراهم، فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جاريةً بألف درهم لزم الموكل، ثم قال: والأصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف؛ لأنَّ الوكالات وسيلة إلى الشراء فيعتبر بنفس الشراء، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء.

وأمَّا بعد التسليم إلى الوكيل هل يتعين؟ اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها؛ لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة إلى الشراء فيعتبر بنفس الشراء، والدراهم والدنانير يتعينان في الشراء بعد التسليم، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء؛ ولأن يد الوكيل يد أمانة، والدراهم والدنانير يتعينان في الأمانات، وعامتهم على أنَّها لا تتعين.

وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيئان:

أحدهما: توقُّت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة، فإن العُرف الظاهر فيما بين الناس أنَّ الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل.

والثاني: قطع رجوع الوكيل عن الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل؛ وهذا لأنَّ

بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ وَكِيلًا عَنْهُ فِي الْقَبْضِ ثُمَّ يَتَمَلَّكُهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَدُّقِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْمَالَ لِلَّهِ وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ التَّوْكِيلُ نَفَذَ الشِّرَاءُ عَلَى الْمَأْمُورِ فَيَهْلِكُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا إِذَا قَبَضَهُ الْآمِرُ مِنْهُ لِانْعِقَادِ الْبَيْعِ تَعَاطِيًا.

شراء الوكيل يوجب دينين: دينًا للبائع، ودينًا للموكل على الموكل.

قلتُ: فلمَّا كان كذلك أنَّهما لا يسلمان دعوى أبي حنيفة رحمه الله بأن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالات، والدليل على هذا ما ذكره في «الذخيرة» أيضًا في تعليلهما في هذه المسألة فقال:

هما يقولان: بأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات كما لا يتعينان في الأشرية، ألا ترى أن من وكَّل رجلًا أن يشتري له بهذه الألف عبدًا، أو جاريةً، وهلك الألف في يد الموكل لا تبطل الوكالة، ولو تعلقت الوكالة بعينها لبطلت كما لو قال: اشتر لي بهذه الحنطة، أو بهذه العروض عبدًا لي، فهلك العرض، أو هلكت الحنطة في يد الموكل، فإذا لم تتعين الدراهم والدنانير في الوكالات لغت الإضافة إليها، وعند عدم الإضافة إليها الجواب كما قلنا، فهاهنا كذلك.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: أمره بتمليك الدين من غير من عليه، وتمليك الدين من غير من عليه لا يصح فالأمر به لا يصح أيضًا.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ الْبَائِعُ، إلى آخره، ثُمَّ اسْتَهْلَكَ، إنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك؛ لأنَّ بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك، والدليل على هذا ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله في السلم من بيوع «فتاواه» فقال:

رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوبًا قد سمَّاه، فأنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبًا للآمر بدراهم نفسه، فإن الثوب للمشتري لا للآمر؛ لأنَّ الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها، ولو اشترى ثوبًا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وأمسك دراهم كان الثوب للآمر، وتطيب له دراهم الموكل استحسانًا، كالوارث

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ أَلْفًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا جَارِيَةً فَاشْتَرَاهَا فَقَالَ الآمِرُ

أو الوصي إذا قضى دين الميت بمال نفسه.

قوله: أَوْ أَسْقَطَ الدَّيْنَ[1] - بأن أبرأ الدين بعد التوكيل بشراء العبد بذلك الدين - **بَطَلَتِ الوَكَالَةُ**.

فإن قيل: ينبغي أن لا تبطل الوكالة؛ لأن الوكالة لمَّا لم تصح مضافة إلى هذه الدراهم بسبب أنه تمليك الدين من غير من عليه الدين بقيت الوكالة مطلقة، قلنا: الوكالة ما صدرت مطلقة بل مقيَّدة بهذه الدراهم؛ لأنَّ الولاية إنما تستفاد من الآمر، والآمر قيد الوكالة بهذه الدراهم التي هي دين، ثم تبطل الوكالة أصلًا ببطلان الدين.

قوله: كَمَا إِذَا اشْتَرَى بِدَيْنٍ عَلَى غَيْرِ المُشْتَرِي، بأن كان لزيد على عمرو دين مثلًا، فاشترى زيد من آخر شيئًا بذلك الدين الذي له على عمرو لا يجوز، فكان تقديره: كما إذا اشترى المشتري شيئًا بدين على غير نفسه.

ووضع هذا في «المبسوط» في السَّلم فقال: يوضحه: أنه يقيم الوكيل مقام نفسه فيما يأمره به من التصرُّف، وهو بنفسه لو أسلم الدين الذي له على زيد إلى عمرو في طعام لا يجوز، فكذلك إذا وكل المديون بأن يفعل ذلك، وبه يظهر الفرق بين الدين والعين، ذكره في باب الوكالة في السَّلم من بيوع «المبسوط».

قوله: أَوْ يَكُونُ أَمْرًا بِصَرْفِ مَا لا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالقَبْضِ قَبْلَهُ، أي: قبل القبض، أي: لا يملكه قبل القبض، والمراد من الصَّرف الدفع لا بيع الصرف، أي: توكيل المديون بشراء شيءٍ لرب الدين بالدين الذي في ذمة الوكيل كان أمرًا من رب الدين للمديون فيما لا يملكه رب الدين فكان باطلًا؛ لأنَّ أمر الإنسان لغيره فيما لا يملكه الموكل باطل؛ لما مرَّ.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنَّ رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض؛ لأنَّ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فكان ما أدى المديون إلى البائع، أو إلى رب الدين ملك المديون، ورب

(١) انظر هذا النص وما يليه في المتن قبل الصفحتين.

اشْتَرَيْتَهَا بِخَمْسِمِائَةٍ. وَقَالَ المَأْمُورُ اشْتَرَيْتُهَا بِأَلْفٍ فَالقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ) وَمُرَادُهُ إِذَا كَانَتْ تُسَاوِي أَلْفًا؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ وَقَدِ ادَّعَى الخُرُوجَ عَنْ عُهْدَةِ الأَمَانَةِ وَالآمِرُ يَدَّعِي عَلَيْهِ ضَمَانَ خَمْسِمِائَةٍ وَهُوَ يُنْكِرُ، فَإِنْ كَانَتْ تُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ حَيْثُ اشْتَرَى جَارِيَةً تُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ وَالأَمْرُ تَنَاوَلَ مَا يُسَاوِي أَلْفًا فَيَضْمَنُ.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الأَلْفَ فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ) أَمَّا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا خَمْسَمِائَةٍ فَلِلْمُخَالَفَةِ وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا فَمَعْنَاهُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ المُوَكِّلَ وَالوَكِيلَ

الدين لا يملك ما في ذمة المديون قبل القبض حقيقة، فكان أمر رب الدين للمديون بالدفع إلى البائع أمرًا فيما لا يملكه فكان باطلًا.

وفي «المبسوط»: ولأبي حنيفة رحمه الله أن رب الدين أمره بصرف الدين إلى من يختاره المديون بنفسه، وذلك باطل كما لو قال: ادفع ما لي عليك من الدين إلى من شئت، أو ألقه في البحر كان باطلًا، وبه فارق العين؛ فإنه لو قال: ادفع ما لي في يدك إلى من شئت، أو ألقه في البحر كان صحيحًا، ووجه الفرق بينهما أن المديون إنما يقضي الدين بملك نفسه، وهو في تصرفه في ملك نفسه بالدفع إلى الغير لا يحتاج إلى إذن الآمر، فكان وجود أمره كعدمه، فأمَّا في العين فتصرفه في ملك الغير ولا يملك ذلك إلا بإذن من له الحق، وهذا بخلاف ما إذا عين المسلم إليه أو البائع، وكان أمره معتبَرًا في توكيل ذلك الرجل بالقبض له أولًا ثم لنفسه، أمَّا هاهنا لا يمكن اعتبار أمره في توكيل القابض بقبضه؛ لأنَّه توكيل المجهول وذلك باطل.

قوله: إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا خَمْسَمِائَةٍ فَلِلْمُخَالَفَةِ؛ لأنَّها مخالفة إلى شرط فتلزم الوكيل.

وقوله: وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا فَمَعْنَاهُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ، هذا لدفع شبهة ذكرها في بعض شروح «الجامع الصَّغير» وهي:

فإن قيل: فلمَّا كانت الجارية تساوي ألفًا ينبغي أن تلزم الآمر، سواء قال الوكيل:

فِي هَذَا يَنْزِلَانِ مَنْزِلَةَ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي وَقَدْ وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَمُوجِبُهُ التَّحَالُفُ. ثُمَّ يُفْسَخُ العَقْدُ الَّذِي جَرَى بَيْنَهُمَا فَتَلْزَمُ الجَارِيَةُ المَأْمُورَ.

قَالَ: (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ هَذَا العَبْدَ وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ ثَمَنًا فَاشْتَرَاهُ فَقَالَ الآمِرُ اشْتَرَيْتَهُ بِخَمْسِمِائَةٍ وَقَالَ المَأْمُورُ بِأَلْفٍ وَصَدَّقَ البَائِعُ المَأْمُورَ فَالقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ مَعَ يَمِينِهِ) قِيلَ لا تَحَالُفَ هَاهُنَا؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلَافُ بِتَصْدِيقِ البَائِعِ، إِذْ هُوَ حَاضِرٌ وَفِي المَسْأَلَةِ الأُولَى هُوَ غَائِبٌ، فَاعْتُبِرَ الِاخْتِلَافُ، وَقِيلَ يَتَحَالَفَانِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَقَدْ ذَكَرَ مُعْظَمَ يَمِينِ التَّحَالُفِ وَهُوَ يَمِينُ البَائِعِ، وَالبَائِعُ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُمَا

اشتريتُها بألف أو بأقل منها؛ لأنَّه لمَّا اشتراها بألف فقد وافق أمر الآمر؛ لأنَّ الكلام فيما إذا أمر الآمر بأن يشتري له بالألف جارية، وكذلك إن اشتراها بخمسمائة ينبغي أن تلزم على الآمر أيضًا؛ لأنَّه خلاف إلى خير وهو لا يكون مخالفة؛ فإن من وكَّل وكيلًا بأن يشتري له جارية بألف درهم فاشترى له جارية تساوي ألف درهم بخمسمائة درهم تلزم الآمر.

قلنا: المراد بقوله: القول قول الآمر أنَّهما يتحالفان إذا كانت تساوي ألفًا، فإذا حلفا كانت الجارية للمأمور؛ لأنَّ الوكيل بالشراء مع الموكل نزل منزلة البائع مع المشتري، فصار كأنه اشترى لنفسه ثم باعه من الآمر، والاختلاف في الثمن بين البائع والمشتري يوجب التحالف، وإذا تحالفا يفسخ البيع التقديري الذي جرى بين الوكيل والآمر فتبقى الجارية للمأمور، كذا في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان، وصدر الإسلام وغيرهما رحمهم الله.

قوله: قِيلَ لا تَحَالُفَ هَاهُنَا؛ - وهو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله - **لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلَافُ بِتَصْدِيقِ البَائِعِ،** فيجعل تصادقهما، أي: تصادق البائع والوكيل بمنزلة إنشاء العقد، ولو أنشأ العقد كانت الجارية للآمر، فكذا هاهُنا.

قوله: وَقِيلَ يَتَحَالَفَانِ، وهو قول الإمام أبي منصور رحمه الله.

قوله: وَقَدْ ذَكَرَ مُعْظَمَ يَمِينِ التَّحَالُفِ وَهُوَ يَمِينُ البَائِعِ، أي: المأمور؛ لأنه بائع تقديرًا

وَقَبْلَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ المُوَكِّلِ إِذْ لَمْ يَجْرِ بَيْنَهُمَا بَيْعٌ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ فَيَبْقَى الخِلَافُ، وَهَذَا قَوْلُ الإِمَامِ أَبِي مَنْصُورٍ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ أَظْهَرُ.

في حق الموكل، وإنَّما قلنا: أن يمينه معظم يمين في التحالف؛ لأن البائع وهو المأمور هنا مدعي، ولا يمين على المدعي إلا في صورة التحالف، وأمَّا المشتري وهو الموكل هنا فمنكر فعلى المنكر اليمين على كل حال، فلمَّا كان يمين المأمور هو المختص في التحالف كان يمينه أعظم اليمينين، ثم لمَّا وجب اليمين على المأمور وهو المدعي كان واجباً على المشتري المنكر وهو الآمر أولاً، وهو معنى التحالف.

وذكر فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصَّغير»: ولولا أن المراد هو التحالف للزمت الجارية الآمر؛ لأن الآمر إذا حالف صار الشراء بخمسمائة، والجارية تساوي ألفاً فإنَّها تلزم الآمر، فثبتَ بهذا أنه أراد بقوله: فَتَلْزَمُ الجَارِيَةُ المَأْمُورَ، أنَّهما يتحالفان، فإذا تحالفا نقض ملك الآمر ولزمت الجارية المأمور.

قوله: وَالبَائِعُ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُمَا، هذا جواب عن تعليل القول الأول **بقوله**: ارْتَفَعَ الخِلَافُ بِتَصْدِيقِ البَائِعِ، إِذْ هُوَ حَاضِرٌ، فقال: البائع أجنبي فلا يعتبر تصديقه، أمَّا بعد استيفاء الثمن فهو أجنبي عن الآمر والمأمور؛ لأنه لم يبق له معهما شغل، وأمَّا قبل استيفاء الثمن فهو أجنبي عن الموكل فلا يصدق على الموكل.

قوله: وَهُوَ أَظْهَرُ، أي: قول الإمام أبي منصور رحمه الله وهو القول بالتحالف أظهر، ولكن جعل الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير» قول الفقيه أبي جعفر أصح، وذكر الإمام المحبوبي رحمهم الله في «الجامع الصغير» بعد هذا فقال:

هذا إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل، وإن اختلفا فقال الوكيل: أمرتني بالشراء بألف، وقال الموكل: لا بل بخمسمائة، فالقول قول الآمر مع يمينه، ويلزم العبد المشتري دون الآمر؛ لآن الأمر يستفاد من جهته فكان القول قوله، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الوكيل؛ لما فيها من زيادة الإثبات. والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي التَّوْكِيلِ بِشِرَاءِ نَفْسِ العَبْدِ)

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ العَبْدُ لِرَجُلٍ: اشْتَرِ لِي نَفْسِي مِنَ المَوْلَى بِأَلْفٍ وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ لِلْمَوْلَى:

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

فصَّل مسائل شراء العبد نفسه من مولاه، من فصل التوكيل بالشراء بالفصل مع أنه شراء صورةً؛ لأن ذلك في الحقيقة إعتاق، فلمَّا خالفَت مسائل التوكيل بالشراء معنًى، فصَّلها وألحقها بمسائل التوكيل بالشراء؛ لأنها موافقة لها صورةً.

ثمَّ الألف واللام في قوله: فِي التَّوْكِيلِ بِشِرَاءِ نَفْسِ العَبْدِ، بدل الإضافة، وتلك الإضافة إضافة المصدر إلى الفاعل، وذلك الفاعل العبد بالنظر إلى المسألة الأولى، أي: توكيل العبد الأجنبي بشراء نفسه، والأجنبي بالنظر إلى المسألة الثانية، أي: توكيل الأجنبي العبد بشراء نفسه.

قوله: وَإِذَا قَالَ العَبْدُ لِرَجُلٍ: اشْتَرِ لِي نَفْسِي مِنَ المَوْلَى بِأَلْفٍ، فاشتراه الوكيل فهو على وجهين:

إما أن أضاف الشراء إلى العبد بأن قال: اشتريتُ منك عبدك لعبدك، أو أضافه إلى نفسه بأن قال: اشتريتُ عبدك بألف درهم، ففي الأولى إن أجابه المولى يعتق العبد، وَالوَلَاءُ لِلْمَوْلَى، والألف على العبد دون المأمور؛ لأنه متى أضاف العقد إلى العبد فقد جعل نفسه رسولًا، ولا عُهدة على الرسول في البيع، بخلاف الوكيل والمأمور، فإن حقوق العقد ترجع إليهما، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

اشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِهِ فَبَاعَهُ عَلَى هَذَا فَهُوَ حُرٌّ وَالوَلاءُ لِلْمَوْلَى)؛ لِأَنَّ بَيْعَ نَفْسِ العَبْدِ مِنْهُ إِعْتَاقٌ وَشِرَاءُ العَبْدِ نَفْسَهُ قَبُولُ الإِعْتَاقِ بِبَدَلٍ وَالمَأْمُورُ سَفِيرٌ عَنْهُ إِذْ لا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الحُقُوقَ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى بِنَفْسِهِ، وَإِذَا كَانَ إِعْتَاقًا أَعْقَبَ الوَلاءَ (وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ لِلْمَوْلَى فَهُوَ عَبْدٌ لِلْمُشْتَرِي) لِأَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلْمُعَاوَضَةِ وَأَمْكَنَ العَمَلُ بِهَا إِذَا لَمْ يُعَيِّنْ فَيُحَافِظُ عَلَيْهَا. بِخِلَافِ شِرَاءِ العَبْدِ نَفْسَهُ؛ لِأَنَّ المَجَازَ فِيهِ مُتَعَيِّنٌ، وَإِذَا كَانَ مُعَاوَضَةً

وقوله: اشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِهِ، أي: لنفس العبد.

قوله: وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ لِلْمَوْلَى، أي: لم يقل الوكيل للمولى اشتريتُ العبد لنفس العبد.

قوله: لِأَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلْمُعَاوَضَةِ، أي: لأن قوله: اشتريتُ عبدك بألف درهم، موضوع حقيقة للمعاوضة لا للإعتاق.

قوله: وَأَمْكَنَ العَمَلُ بِهَا - أي: بحقيقة المعاوضة - إِذَا لَمْ يُعَيِّنْ، أي: لم يقل اشتريتُ عبدك لأجل عبدك - فَيُحَافِظُ عَلَيْهَا - أي: على المعاوضة - بِخِلَافِ شِرَاءِ العَبْدِ نَفْسَهُ؛ حيث يجعل هو للإعتاق وجه الورود، فإنه لمَّا جعل لفظ الشراء للمعاوضة حقيقةً ينبغي أن يحمل على حقيقته أيْنَما كان، ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة فيما إذا اشترى العبد نفسه من مولاه ببدل ، بل حمل على أن الإعتاق بالبدل.

قوله: لِأَنَّ المَجَازَ فِيهِ مُتَعَيِّنٌ، أي: المجاز وهو كون الشراء مستعارًا للإعتاق في شراء العبد نفسه متعيِّن؛ لأن نفس العبد ليست بمال في نفسه حتى يملك ثم يعتق؛ لأنه آدمي في حق نفسه، حتى وجب الحدُّ والقصاص عليه بإقراره، والمالُ غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي، فلما لم يكن إجراء الشراء على حقيقته وهي المعاوضة تعيَّن بيع المولى العبد من نفسه للإعتاق، لا لبقاء البيع والإعتاق في معنى إزالة الملك؛ لأن كلًّا منهما مزيل للملك، ولا يمنع أخذ العوض عن معنى الإعتاق؛ لأن الإعتاق قد يكون بعوضٍ.

قوله: وَإِذَا كَانَ مُعَاوَضَةً، أي: شراء الوكيل العبدَ من المولى من غير تعيين للمولى

يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ (وَالأَلْفُ لِلْمَوْلَى)؛ لِأَنَّهُ كَسْبُ عَبْدِهِ (وَعَلَى المُشْتَرِي أَلْفٌ مِثْلُهُ) ثَمَنًا لِلْعَبْدِ فَإِنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ حَيْثُ لَمْ يَصِحَّ الأَدَاءُ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِشِرَاءِ العَبْدِ مِنْ غَيْرِهِ حَيْثُ لا يُشْتَرَطُ بَيَانُهُ؛ لِأَنَّ العَقْدَيْنِ هُنَاكَ عَلَى نَمَطٍ وَاحِدٍ، وَفِي الحَالَيْنِ المُطَالَبَةُ تَتَوَجَّهُ نَحْوَ العَاقِدِ، أَمَّا هَاهُنَا فَأَحَدُهُمَا إِعْتَاقٌ مُعَقِّبٌ لِلْوَلَاءِ وَلَا مُطَالَبَةَ عَلَى الوَكِيلِ وَالمَوْلَى عَسَاهُ لا يَرْضَاهُ وَيَرْغَبُ فِي المُعَارَضَةِ المَحْضَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ البَيَانِ.

بأنه يشتري العبد لنفس العبد، يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ، أي: للمأمور.

قوله: ثَمَنًا، نصب على التميز، فَإِنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ، أي: فإن الثمن في ذمَّة المشتري وهو المأمور.

قوله: وَعَلَى المُشْتَرِي أَلْفٌ مِثْلُه، وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري، وأمَّا إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجبُ على العبد ألف أخرى؟ قال الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير»: وفيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجبُ على العبد ألف أخرى؟ لم يذكر في الكتاب، ثم قال: وينبغي أن يجبُ؛ لأن الأول مال المولى، فلا يصح بدلًا عن ملكه.

وهذا بخلاف شراء العبد من غيره، أي: من غير العبد بأن وكَّل أجنبيٌّ أجنبيًّا بشراء العبد من مولاه، حَيْثُ لا يُشْتَرَطُ على الوكيل أن يقول وقت الشراء: اشتريتُه لأجل موكلي في وقوع الشراء للموكل بل قوله: اشتريتُه، كاف فيه؛ لِأَنَّ العَقْدَيْنِ هُنَاكَ عَلَى نَمَطٍ وَاحِدٍ، أي: في حق البائع؛ لأن البائع في كلا الوجهين يُطالب الثمن من المشتري، وفي كلا الوجهين بيع حقيقة لا إعتاق على ما ذكر في الكتاب، النمط: النوع والطريقة أيضًا.

قوله: وَالمَوْلَى عَسَاهُ لا يَرْضَاهُ، كان من حق الكلام أن يقول: والمولى عساه أن لا يرضاه، أو عسى المولى أن لا يرضاه؛ لأن قوله: لا يَرْضَاهُ، في محل النصب بعسى، ولكن منصوبُ عسى في معنى قارب، أو مرفوعُ عسى في معنى قرب، كل واحد منهما مشروطٌ أن يكون (أن) مع الفعل المضارع، كما في قوله تعالى: ﴿فَعَسَى ٱللَّهُ أَن يَأۡتِيَ بِٱلۡفَتۡحِ﴾ [المائدة:

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدٍ اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ فَقَالَ لِمَوْلَاهُ بِعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ بِكَذَا

٥٢]، وقوله تعالى: ﴿وَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا﴾ [البقرة: ٢١٦]، وذكر ضمير الغائب مقام الظاهر أحد المذاهب الثلاثة للعرب، فإنَّهم يقولون: عساه أن يفعل، لما عُرف في «المفصَّل».

قوله: لَا يَرْضَاهُ، أي: لا يرضى المولى الإعتاق؛ لأنه لو عتق العبد والمولى لا يعلم به يلزم المولى ضرر لم يرض به؛ لأن ولاءه يكون للمولى، فموجب جنايته تكون عليه أيضاً بحكم الولاء، فيتعذر تنفيذُه على المولى وأمكن تنفيذُه على الوكيل إذا أطلق الشراء؛ لأن الشراء إذا وجد نفاذًا على العاقد ينفذ، وإذا نفذ الشراء على الوكيل يجبُ الثمن عليه.

وإن بيَّن للمولى أنه يشتري العبد للعبد حتى علم المولى أن الوكيل لا يشتري العبد لنفسه، وإنما يشتريه للعبد لكنه أضاف الشراء إلى نفسه، ذكر محمد رحمه الله في كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق: أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل، وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة: أن العبد يعتق والمال على الوكيل، وهكذا ذكر في وكالة «الجامع الكبير»، وإذا وجب المال على الوكيل يرجع الوكيل على العبد.

ووجه رواية «الجامع» أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشراء العبد لغير العبد، وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل، فكذا هنا.

وعن عيسى بن أبان رحمه الله أنه قال: الصحيح ما ذكر في الموضع الآخر دون ما قال في «الجامع الكبير»؛ لأن الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبِّر، فإنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الآمر، وليس إليه من قبض المعقود عليه شيء، فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل، ألا ترى أن المَوْلى لو كان هو الذي أمر الرجل ليبيع نفس العبد من العبد بألف درهم إلى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع، والألف عليه إلى ذلك الأجل، والذي يلي قبض الألف المولى دون الوكيل، فكذا هاهنا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدٍ اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ فَقَالَ لِمَوْلَاهُ بِعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ بِكَذَا فَفَعَلَ فَهُوَ لِلْآمِرِ، وإنما قيَّد بقوله: بِعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ؛ لأنه لو لم يقل لفلان فباعه مولاه يكون

فَفَعَلَ فَهُوَ لِلْآمِرِ)؛ لِأَنَّ العَبْدَ يَصْلُحُ وَكِيلًا عَنْ غَيْرِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ

البيع للعبد فيعتق، فرق بين هذا وبين الأجنبي، فإن الأجنبي إذا كان وكيلًا من الآخر فقال للمولى: بعني هذا العبد لفلان، أو لم يقل: لفلان، فباعه منه يصير الوكيل مشتريـًا لفلان في الصُّورتين، ولا يصير مشتريـًا لنفسه.

وأمَّا هاهنا لو لم يقل لفلان يصير مشتريـًا لنفسه، وإنما كان هكذا؛ لأن الوكيل إذا كان أجنبيًّا فلا فرق بين شرائه لنفسه وبين شرائه لغيره في حق البائع، وأمَّا إذا كان الوكيل هو العبد فبين شرائه لنفسه وبين شرائه لغيره تفاوت في حق البائع، فإنه إذا اشترى نفسه لنفسه يكون إعتاقـًا من البائع، فلمَّا كان كذلك لا يسوى بينهما بل يحمل إطلاقه على ما هو الظاهر، والظاهر أن العبد إنَّما يشتري نفسه لنفسه؛ لأن التوكيل من الغير عارض، فما لم يظهر ذلك يجب اعتبار الظاهر.

أو نقول: لمَّا كان بيع العبد من نفسه إعتاقـًا، وبيع العبد من الأجنبي بيعـًا احتمل الإطلاق أن يكون بيعـًا، واحتمل أن يكون إعتاقـًا فلا يكون امتثالًا بالشكِّ، بل شرطت الإضافة إلى الموكل ليكون امتثالًا، بخلاف تصرف الأجنبي بالوكالة من غيره بالشراء؛ فإنه شراء في الصورتين، ولمَّا وقع شراءً وقع امتثالًا.

أو نقول: عند الإطلاق يجب أن يكون إعتاقـًا؛ وذلك لأن المولى إذا باع نفسه منه إنَّما يبيع ليكون له ولاؤه، وعلى تقدير صيرورته ملكـًا للموكل يفوت هذا الغرض ويختل هذا المقصود، كذا في شروح «الجامع الصغير».

فإن قيل: ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الإطلاق؛ لأنَّ الكلام لحقيقته في الأصل، فلمَّا تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يُحمل على الحقيقة كما هو الأصل، وفيما نحن فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء محمولًا على حقيقته وهي المعاوضة، ولو وقع الشراء للعبد كان الشراء محمولًا بمجازه؛ لأنَّ الشراء غير موضوع للإعتاق بل هو موضوعٌ للمعاوضة.

قلنا: عارضت جهة إصالة الحقيقة جهة إصالة أخرى، وهي أن الأصل أنَّ تصرف الإنسان في الأصل أن يقع لنفسه، ثمَّ رجَّحنا هذه الجهة بعد المعارضة بحسب مقصود البائع

عَنْ مَالِيَّتِهِ، وَالبَيْعُ يُرَدُّ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ إِلَّا أَنَّ مَالِيَّتَهُ فِي يَدِهِ حَتَّى لا يَمْلِكَ

ظاهرًا، وهو أن لا يفوت ولاء العبد منه، فإنه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض كما قلنا، فوقع الشراء للعبد لذلك.

أو نقول: لمَّا وقع التعارض بين الأصلين كما ذكرتم رجَّحنا جانب الإعتاق؛ لأنه مندوبٌ إليه، والمعاوضة مباحة محضة.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: فإن قيل: العبدُ هنا وكيل بشراء شيءٍ بعينه، والوكيل بشراء شيءٍ بعينه لا يملك الشراء لنفسه خصوصًا في فصل الإطلاق أوْلَى أن لا يقع الشراء لنفسه؛ لأنه لمَّا لم يقع الشراء للوكيل عند التصريح بأنه يشتري لنفسه بما مرَّ، أوْلَى أن لا يقع لنفسه عند الإطلاق.

قلنا: هذا هكذا إذا لم يتنوع التصرف بأن كل واحد منهما شراء، أمَّا إذا تنوع بأن كان أحدهما شراءً والآخر هبةً فلا، وما نحنُ بصدده الموجود من العبد بتقدير الإضافة إلى الموكل شراءً، وبتقدير الإطلاق والإضافة إلى نفسه قبول الإعتاق، والدليل على هذا أنا أجمعنا على أنه إذا باع نفس العبد من العبد ومن أجنبي بطل البيعُ من الأجنبي؛ لكونه جمعًا بين البيع والإعتاق، وإنَّما يكون جمعًا بينهما إذا كان البيع من العبد إعتاقًا، ولهذا التنوّع كان الشراء للعبد دون الآمر، وفيما إذا أضاف الشراء إلى الموكل كان الثمن في ذمَّة العبد حتى يكون مطالبًا به؛ لأنه العاقد ويرجع به على الآمر.

فإن قيل: العبد كان محجورًا عليه، والعبد المحجور عليه إذا توكل عن غيره بالشراء لا ترجع الحقوق إليه، قلنا: زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره مقترنًا بإذن المولى؛ لأنه أجنبي عن ماليته؛ لأن ماليته حق المولى، حتى أنه لو أقرَّ بمالية نفسه لغير المولى لا يصح.

وذكر شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله: أمَّا صحة هذا التوكيل فلأن العبد مخاطب له عبارة ملزمةً كالحرّ، وإنما يصلح الحرّ أن يكون وكيلًا لغيره بالشراء؛ لأن له عبارة صحيحة، وكذلك يصلح العبد وكيلًا.

قوله: إِلَّا أَنَّ مَالِيَّتَهُ فِي يَدِهِ، استثناء عن **قوله: لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ مَالِيَّتِهِ**.

البَائِعُ الحَبْسَ بَعْدَ البَيْعِ فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى الآمِرِ صَلَحَ فِعْلُهُ امْتِثَالًا فَيَقَعُ العَقْدُ لِلْآمِرِ (وَإِنْ عَقَدَ لِنَفْسِهِ فَهُوَ حُرٌّ)؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ المَوْلَى دُونَ المُعَاوَضَةِ، وَالعَبْدُ وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ وَلَكِنَّهُ أَتَى بِجِنْسٍ تَصَرُّفٍ آخَرَ وَفِي مِثْلِهِ يَنْفُذُ عَلَى الوَكِيلِ.

قوله: حَتَّى لَا يَمْلِكَ البَائِعُ الحَبْسَ بَعْدَ البَيْعِ، فإنه لو أراد البائع حبس العبد لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك؛ لأن ماليته في يده لكونه مأذونـًا له، وصار هذا كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن، ثمَّ الموجود من العبد بتقدير الإضافة إلى الموكل إنَّما يفيد الملك للموكل إذا وُجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد، حتى لو قال العبد: بعني نفسي لفلان، فقال: بعتُ، إنما يتمُّ البيع بقول العبد بعد ذلك: قبلتُ، وأمَّا إذا وقع الشراء للعبد يتمُّ العقد بقول المولى: بعتُ مسبوقـًا بقول العبد: بعني نفسي، كذا ذكر في «الجامع»، بناءً على أن الواحد يتولى طرفي الإعتاق على مال إذا كان المال مقدرًا، ولا يتولى طرفي البيع وإن كان المال مقدرًا، وفي الكتاب إشارة إلى أنه يتم بقول المولى: بعتُ؛ لأنه قال ففعل، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله بعدما ذكر هذه المسألة كما قلنا قال: الأصل في هذا أن كل عقد يصلح الواحد فيه وكيلًا من الجانبين يتم بالشطر الواحد، و كل عقد لا يصلح الواحد فيه وكيلًا من الجانبين لا يتم بالشطر، وعلى هذا لو قال لآخر: بعني عبدك بألف، فقال: بعتُه لا يتم ما لم يقل الآخر: قبلتُ، وكذا لو قال: أقلني فقال: أقلتُ لا يتم، ولو قال لامرأة: زوّجي نفسك مني، فقالت: زوجتُ تمَّ وإن لم يقل الآخر: قبلتُ، أو قالت لزوجها: اخلعني بألفٍ فقال: فعلتُ، أو قال لرجل: أكفلني بنفس فلان أو بمالي عليه، فقال: كفلتُ، أو قال لعبده: اشترِ نفسك منِّي بألف، فقال: اشتريتُ، أو قال لرجل: هب لي عبدك فقال: وهبتُ، أو قال: تصدق به عليَّ، فقال فعلتُ تمَّت، وإن لم يقبل الآخر.

وقوله: وَالعَبْدُ وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، جوابُ شبهة، ذكرنا الشبهة

(وَكَذَا لَوْ قَالَ بِعْنِي نَفْسِي وَلَمْ يَقُلْ لِفُلَانٍ فَهُوَ حُرٌّ)؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ فَلَا يَقَعُ امْتِثَالًا بِالشَّكِّ فَيَبْقَى التَّصَرُّفُ وَاقِعًا لِنَفْسِهِ.

والجواب من «الفوائد الظهيريَّة»، ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل، وقد ذكرنا ذلك في قوله: ولو وكله بشراء شيء بعينه، إلى آخره، أن الوكيل إذا خالف في الثمن لا إلى خير، أو خالف إلى جنس آخر غير الذي سمَّاه الموكل يقع الشراء لنفسه لا للمُوكل، والله تعالى أعلم.

* * *

(فَصْلٌ فِي تَوْكِيلِ البَيْعِ)

قَالَ: (وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَمَنْ لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

فصلٌ في البيع

لمَّا فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء مع أنواعه وهو الإثبات، شرعَ في بيان أحكام التوكيل بالبيع وهو الإزالة، فالإزالة بعد الإثبات وجودًا فكذا ترتيبًا.

قوله: وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَمَنْ لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، فإن قلتَ: ما الفرق لأبي حنيفة رضي الله عنه بين الوكيل والمضارب، فإن المضارب لو باع من هؤلاء بمثل القيمة يجوز سواء ظهر الربح في المال أو لم يظهر، مع أن المضارب قبل ظهور الربح له حكم الوكالة، وهاهنا لم يجوّز أبو حنيفة رحمه الله بيع الوكيل ممَّن لا تقبل شهادته له مطلقًا، سواء كان البيع بمثل القيمة أو بالغبن اليسير، ذكره في مضاربة «المبسوط».

قلتُ: قال بعض مشايخنا رحمهم الله: تقسيم الحكم في بعض المضاربة كان رواية في تقسيمه هاهنا، فحينئذٍ كان مطلق ذكر عدم الجواز هنا محمولًا على ما إذا باعه الوكيل بالغبن، فأمَّا البيع بمثل القيمة فجائز في الفصلين.

وبعضهم فرَّقوا بين الوكيل والمضارب، والفرق هو أنَّ المضارب كالمتصرِّف لنفسه من وجه، ألا ترى أنه لا يجوز نَهْيه عن التصرف بعدما صار المال عروضًا، وأنه شريكه في الربح،

وَقَالَا: يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنهُمْ بِمِثْلِ القِيمَةِ إِلَّا مِنْ عَبْدِهِ أَوْ مُكَاتَبِهِ)؛

فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة من هؤلاء؛ لأنه إنفاذ في العين دون المالية، وفي الغبن هو كالمتصرِّف لنفسه بخلاف البيع بالغبن، فإنه إيثارٌ له في شيء من الماليَّة، وهو في ذلك نائبٌ محض، وأمَّا الوكيل في العين والماليَّة جميعاً فنائبٌ؛ فلهذا لا يجوز بيعه من هؤلاء بمثل القيمة، إلا أن يكون الموكل قد أجاز له في الوكالة بأن قال بِعْ ممَّن شئتَ، فما باعَ به من شيء يجوز بيعه من هؤلاء حينئذٍ، وحاصله أنَّ المضارب أعم تصرفاً من الوكيل؛ فقد يستبدّ بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نَهْيُه على ما ذكرنا، وقد يكون نائباً محضاً في بعض الأحوال، فلشبهه بالمستبدّ بالتصرف قلنا: يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة، ولشبهه بالنائب قلنا: لا يجوز تصرفه معهم بغبن يسير، فأمَّا الوكيل فنائبٌ محضٌ، وهو نائبٌ في بعض تصرف خاصٍّ فيكون متهماً في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وإن كان بمثل القيمة، كذا في وكالة «المبسوط» ومضاربته.

ثمَّ المراد من عدم الجواز في **قوله: وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ**، أي: في مطلق الوكالة، أمَّا لو قيد الوكالة بتعميم المشيئة بأن قال: بع ممَّن شئتَ، يجوز بيعه من هؤلاء على ما ذكرنا، بخلاف البيع من نفسه، أو من ابن صغير له لا يجوز وإن قال ذلك، هكذا صرَّح في «المبسوط» وقال: ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه، أو من ابن صغير له، لم يجز وإن صرَّح الموكل بذلك؛ لأن الواحد في باب البَيْع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام، فإنه يكون مستزيدًا ومستنقصاً، قابضاً ومسلماً، مخاصِماً في العيب ومخاصَماً، وفيه من التضاد ما لا يخفى.

قوله: وَقَالَا: يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُمْ بِمِثْلِ القِيمَةِ، خصَّ قولهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة، وكذلك في «شرح الطحاوي»، فكان فيه إشارةً إلى أنه لا يجوز عندهما أيضاً في الغبن اليسير، وإلا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة.

ولكن ذكر في «الذخيرة» أن البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما، فكان الغبن اليسير ملحقاً بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها: الوكيل بالبيع إذا باع ممَّن لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف، وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز

لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ وَلا تُهْمَةَ إِذِ الأَمْلَاكُ مُتَبَايِنَةٌ وَالمَنَافِعُ مُنْقَطِعَةٌ، بِخِلَافِ العَبْدِ؛

بالإجماع، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز وإن كان بمثل القيمة، فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان: في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز، وبيع المضارب وشراؤه ممَّن لا تقبل شهادته بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وبيعه منه بأكثر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف، وبمثل القيمة يجوز عندهما، وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله باتفاق الروايات، فأبو حنيفة رحمه الله فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل الخاص، وقد ذكرناه.

وقوله: إِلَّا مِنْ عَبْدِهِ، قيد في «المبسوط» **بقوله: إِلَّا مِنْ عَبْدِهِ** الذي لا دينَ عليه؛ لأن كسبه ملك مولاه[1]، فبيعه منه كبيعه من نفسه، فكان فيه إشارة إلى أنه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشيئة في البيع.

قوله: وَلا تُهْمَةَ، أي: في البيع بمثل القيمة، وفي تقييدهما البيع بمثل القيمة نفي للتهمة من حيث المالية.

وفي قولهما: **إِذِ الأَمْلَاكُ مُتَبَايِنَةٌ وَالمَنَافِعُ مُنْقَطِعَةٌ،** نفي للتهمة من حيث إيثار العين، فكان فيه جواب عن قول أبي حنيفة رضي الله عنه على ما ذكرنا في البيع بمثل القيمة تهمة إيثار العين، فإنه لمَّا كانت المنافع منقطعة لم يكن الوكيل منتفعاً بذلك العين، فلا تورث التهمة.

وأمَّا دليل تباين الأملاك فظاهر حيث يحل للابن وطء جاريته، ولو لم يكن ملكه متبايناً عن ملك أبيه لكانت جاريته بمنزلة جارية مشتركة، ولما حلَّ له وطؤها حينئذٍ، وكذلك لا يحل له وطء جارية أبيه لتباين ملك أبيه عن ملكه، فلمَّا انتفت التهمة عن الوكيل بالبيع منهم بمثل القيمة من حيث الماليَّة، ومن حيث إيثار العين وجبَ القول بالجواز كما في البيع من الأجنبي، إلا أنَّ أبا حنيفة رضي الله عنه يقول: فيه تهمة من حيث إيثار العين إن لم تكن التهمة من حيث عين الماليَّة، وذلك يكفي للمنع من الجواز.

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): أقول: معناه أن كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير، فبيعه منه كبيعه من نفسه، بخلاف العبد المديون.

لِأَنَّهُ بَيْعٌ مِنْ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ مَا فِي يَدِ العَبْدِ لِلْمَوْلَى وَكَذَا لِلْمَوْلَى حَقٌّ فِي كَسْبِ المُكَاتَبِ وَيَنْقَلِبُ حَقِيقَةً بِالعَجْزِ. وَلَهُ أَنَّ مَوَاضِعَ التُّهْمَةِ مُسْتَثْنَاةٌ عَنِ الوَكَالاتِ، وَهَذَا مَوْضِعُ التُّهْمَةِ بِدَلِيلِ عَدَمِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَلِأَنَّ المَنَافِعَ بَيْنَهُمْ مُتَّصِلَةٌ فَصَارَ بَيْعًا مِنْ نَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ، وَالإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ عَلَى هَذَا الخِلَافِ.

قَالَ: (وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالقَلِيلِ وَالكَثِيرِ وَالعَرَضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ -رَحِمَهُ اللهُ-

وأمَّا قولهما: إِذِ الأَمْلَاكُ مُتَبَايِنَةٌ، قلنا: قدر ذلك التباين لمَّا لم يؤثر في قبول الشهادة، علمنا أن ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في مواضع التهمة.

قوله: وَالإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وإنَّما خصهما بالذكر؛ لأن شرعيَّة الإجارة على منافاة الدليل؛ لأن المعقود عليه وهو المنافع معدومة، فيزداد انتفاء شرعيّتها بعقد الإجارة مع من لا تقبل شهادته، فيجب أن لا يجوز عقد إجارة الوكيل معهم بالإجماع، وكذلك عقد الصرف يتوقف على شرائط كان يجب أن لا يجوز مع من لا تقبل شهادته بالإجماع، فبيَّن بهذا أنَّهما أيضاً على الاختلاف.

قوله: وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالقَلِيلِ وَالكَثِيرِ وَالعَرَضَ - وبأجل غير متعارف - عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، خلافاً لهما في هذه المسائل الثلاثة، ولقّب المسألة الوكيل بالبيع المطلق بملك البيع بما عزَّ وهانَ وبأي ثمن كانَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وأمَّا البيع بأجل غير متعارف فقد ذكر في «الذخيرة»: الوكيل بالبيع إذا باعَ بأجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا، وإن باعَ بأجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السِّعة بأن باع مثلًا إلى خمسين سنةً أو ما أشْبَه ذلك فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجوز، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لايجوز.

ثم قال: وإنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد، وأمَّا إذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة، وذلك نحو أن يقول: بعْ هذا

وَقَالَا: لا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِنُقْصَانٍ لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، وَلا يَجُوزُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ)؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الأَمْرِ يَتَقَيَّدُ بِالمُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ لِدَفْعِ الحَاجَاتِ فَتَتَقَيَّدُ بِمَوَاقِعِهَا، وَالمُتَعَارَفُ البَيْعُ بِثَمَنِ المِثْلِ وَبِالنُّقُودِ، وَلِهَذَا يَتَقَيَّدُ التَّوْكِيلُ بِشِرَاءِ الفَحْمِ وَالجُمْدِ وَالأُضْحِيَّةِ بِزَمَانِ الحَاجَةِ،

العبد واقض ديني، أو قال: بع فإن الغرماء يلازمونني، أو قال: بع فإنِّي أحتاج إلى نفقة عيالي، ففي هذه الصُّور ليس له أن يبيع بالنسيئة.

قوله: وَلِهَذَا يَتَقَيَّدُ التَّوْكِيلُ بِشِرَاءِ الفَحْمِ وَالجُمْدِ وَالأُضْحِيَّةِ، وفي بعض النُّسَخ بشراء اللحم مكان الفحم، لكن ذكر الفحم أليق لقران **قوله:** بِزَمَانِ الحَاجَةِ.

اعلم أن الجُمْد بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الماء، فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر، كذا في «الصحاح»، و«الديوان».

ثم تفسير تقييد هذه الأشياء بالزمان والأحوال ما ذكره في «فتاوى قاضي خان» وقال: ولو وكله بأن يشتري له لحماً بدرهم فاشترى لحم ضأن أو بقر أو إبل لزم الآمر، وقيل: إن كان الآمر غريباً ينصرف التوكيل إلى المطبوخ والمشوي، وإن اشترى كرشاً أو بطوناً أو أكبادًا أو رؤساً أو أكارعاً لا يلزم الآمر؛ وكذا لو اشترى لحماً قديدًا أو لحم الطيور والوحوش لا يلزم الآمر.

وكذا لو اشترى شاة حيَّة أو مذبوحة غير مسلوخة، وإن اشترى مسلوخة لزم الآمر، إلا أن يكون الثمن المدفوع قليلًا.

والتوكيل بشراء الأضحية يتقيَّد بشراء الأضحية في تلك السنة في أيام النحر أو قبلها، وكذا التوكيل بشراء الجمد يتقيد بأيام الصيف في تلك السنة، وكذا التوكيل بشراء الفحم يتقيد بأيام البرد في تلك السنة، حتى لو اشترى ذلك في أيَّام التضحية من السنة الثانية أو الجمد في الثانية لا يجوز، ثم قال: وقيل هذا قولهما، أمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله يجوز؛ لأنه يعتبر إطلاق اللفظ.

وَلِأَنَّ البَيْعَ بِغَبَنٍ فَاحِشٍ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ هِبَةٌ مِنْ وَجْهٍ، وَكَذَا المُقَايَضَةُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ شِرَاءٌ مِنْ وَجْهٍ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ مُطْلَقُ اسْمِ البَيْعِ وَلِهَذَا لا يَمْلِكُهُ الأَبُ وَالوَصِيُّ.

وذكر في «الإيضاح»: وأمَّا اللحم فعلى لحم الضأن والمعز، وما يشتري الناس، وكذلك لحوم البقر والإبل إذا جرت العادة بذلك، واسم اللحم لا يتناول البطون والأكباد والكروش.

وفي باب اليمين: إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل شيئاً من هذه الأشياء يحنث؛ لأنه يتخذ منها ما يتخذ من اللحم وهي لحوم، وحكم اليمين مخالف لحكم الوكالة، ألا ترى أنه لو اشترى قديدًا لم يجز على الآمر؛ لأنه ليس بلحم يُباع في الأسواق في العادة.

قوله: وَلِأَنَّ العَقْدَ بِغَبَنٍ فَاحِشٍ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ هِبَةٌ مِنْ وَجْهٍ، ألا ترى أنه لو حصل من المريض كان معتبَرًا من ثلثه، والأب والوصيُّ لا يملكان البيع بالمحاباة الفاحشة لهذا، وهو وكيل بالبيع دون الهبة، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: هو مأمورٌ بمطلق البيع وقد أتى ببيع مطلق؛ لأن البيع اسمٌ لمبادلة مال بمال، وذلك يُوجد في البيع بالعروض كما يوجد في البيع بالنقود، ولكن من البيع ما يتضمن الشراء فلا يخرج بذلك من أن يكون بيعاً مطلقاً؛ لأنه تضمن الشراء في جانب العوض لا في جانب المبيع، وأمره كان باعتبار المبيع، والعقد فيه بيع مطلق، وكذلك البيع بالمحاباة بيعٌ؛ لأن ما من جزء من البيع إلا ويقابله جزء من الثمن، ألا ترى أنه يستحق الكل بالشفعة والشفعة في الهبَّة لا تثبت، والدليل عليه أن من حلف أن لا يبيع فباع بالمحاباة يحنث، وكما يُراعى العرف في الوكالات يُراعى في الأثمان.

ثم جعل هذا بيعاً مطلقاً في اليمين فكذلك في الوكالة، وهذا بخلاف الوكيل بالشراء؛ لأن الأمر المطلق تخصصه التهمة، وفي الوكيل بالشراء التهمة مُتمكنة لجواز أن يكون اشترى لنفسه، فلمَّا لم تعجبه لغلاء الثمن أراد أن يحوّله إلى الآمر، ولا يتمكن مثل هذه التهمة في الوكيل بالبيع، وأمَّا الجواب عن الوصيَّة فإن معنى الوصيَّة تظهر في القيمة، والقيمة غير معقود عليها، ونحنُ إنَّما نعتبر إطلاق الآمر في المعقود عليه وهو البيع، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

وذكر هذه المسألة في «الأسرار» في كتاب البيوع منه، وأجاب عمَّا تمسكا بمسألة

وَلَهُ أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالبَيْعِ مُطْلَقٌ فَيَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهْمَةِ، وَالبَيْعُ بِالغَبْنِ أَوْ بِالعَيْنِ مُتَعَارَفٌ عِنْدَ شِدَّةِ الحَاجَةِ إِلَى الثَّمَنِ وَالتَّبَرُّمِ مِنَ العَيْنِ، وَالمَسَائِلُ مَمْنُوعَةٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَى مَا هُوَ المَرْوِيُّ عَنْهُ وَأَنَّهُ بَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، حَتَّى أَنَّ مَنْ حَلَفَ لا يَبِيعُ يَحْنَثُ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الأَبَ وَالوَصِيَّ لا يَمْلِكَانِهِ مَعَ أَنَّهُ بَيْعٌ؛ لِأَنَّ وِلايَتَهُمَا نَظَرِيَّةٌ وَلا نَظَرَ فِيهِ،

المحاباة في المرض، وبمسألة الأب والوصي فقال: وأمَّا قولهم إن المحاباة تعتبر هبة حكماً، قلنا: لا تعتبر هبة بشيء من المبيع الذي تعلق الأمر به بل يعتبر الثمن، ألا ترى أنَّ المريض إذا حابى وماتَ ولم يخرج من الثلث قيل للمشتري: إمَّا أن يرتدّ إلى الثلث، وإما أن ترده ولا يلزمه رد بعض المبيع حتماً، ولا يلزم الموصي؛ لأنه أمر ببيع فيه صلاح اليتيم، وذلك بيع رابح أو غير خاسر يقيناً، فصار مأمورًا بالبيع بصفة لا بمطلق البيع، والمأمور بالبيع بصفة مرغوب فيها إذا فوت الصفة لا يصحّ.

قوله: وَالبَيْعُ بِالغَبْنِ أَوْ بِالعَيْنِ مُتَعَارَفٌ عِنْدَ شِدَّةِ الحَاجَةِ، هذا جواب عن قولهما: وَالمُتَعَارَفُ البَيْعُ بِثَمَنِ المِثْلِ وَبِالنُّقُودِ، فلمَّا كان كل واحد منهما متعارفاً كان العُرف مشتركاً بينهما، فلا يصلح حينئذٍ هو حجة لأحد الخصمين على الآخر.

وأشار في «المبسوط» إلى ما قلنا فقال: والعرف مشترك، فقد يبيع المرء الشيء للتبَرّم منه، وفي هذا لا يُبالي بقلة الثمن وكثرته، وقد يبيعُه للاسترباح، فعند إطلاق الأمر لا يترجح أحد المقصودين من غير دليل.

قوله: وَأَنَّهُ بَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، حَتَّى أَنَّ مَنْ حَلَفَ لا يَبِيعُ يَحْنَثُ بِهِ، أي: بالغبن أو بالعين، فلمَّا جُعل هذا بيعاً مطلقاً في اليمين فكذا في الوكالة على ما ذكرنا من «المبسوط».

فإن قلتَ: لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع، ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحماً قديدًا يحنث، وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحماً قديدًا يقع على المشتري لا على الآمر، فعُلم بهذا أن العرف قد يختلف

وَالمُقَايَضَةُ شِرَاءٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَبَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِوُجُودِ حَدِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

بين اليمين والتوكيل، فلم تبق مسألة اليمين حينئذٍ حجة على ما مرَّ.

قلتُ: جوابه أيضـًا قد مرَّ، وهو أن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يُباع في الأسواق، والقديد لا يُباع في السوق فلا يقع التوكيل عليه، فعُلِم بهذا أنَّ العرف اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك، وأمَّا هاهنا فالبيع بالمحاباة لا يخرج عن كونه بيعـًا حقيقةً وعرفـًا، أمَّا حقيقةً فظاهرٌ، وأمَّا عرفـًا فيقال بيع رابحٌ وبيع خاسرٌ.

قوله: **وَالمُقَايَضَةُ** - وهي بيع العرض بالعرض - **شِرَاءٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَبَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ**، جوابٌ عن قولهما أيضـًا.

فإن قلتَ: فمحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها أيضـًا في حالة واحدة، ولو قلنا بأن بيع المقايضة بيع من كل وجه ثم هو في ذلك الوقت شراء من كل وجه يلزم هذا فما وجهه؟ قلتُ: لزوم المحال إنَّما يكون أن لو قلنا ذلك بجهة واحدة، وليس كذلك في بيع المقايضة، فإنه بيع من كل وجه بالنسبة إلى عرض نفسه، وشراء من كل وجه بالنسبة إلى عرض صاحبه، وليس ببعيدٍ أيضـًا أن يُنسب الشيء الواحد إلى الشيئين إلى كل واحد منهما كملًا، لوجود دليل النسبة إلى كل واحد منهما كملًا، كالولد يضاف إلى كل واحد من الوالدين بأنه ولده كملًا، وكالمرتهنين في حق رهن واحد يُضاف إلى كل واحد منهما كملًا، وإنَّما جعلنا هكذا؛ لأن البيع لا بدَّ له من مبيع وثمن، وليس كل واحد منهما بأَوْلَى من الآخر في أن يجعل مبيعـًا أو ثمنـًا، فجعل كل واحد منهما مبيعـًا بمقابلة الآخر وثمنـًا بمقابلة الآخر.

فإن قلتَ: لا نُسلم أن كل واحد منهما ليس بأَوْلَى من الآخر في أن يجعل مبيعـًا أو ثمنـًا؛ وذلك لأنه لا بدَّ من إدخال الباء في واحد منهما لتحقيق إلصاق البدل بالمبدل، وما دخل عليه الباء يتعين للثمنيَّة؛ لأن الباء تصحب الأثمان لما عُرف، فحينئذٍ يتعيَّن الآخر لكونه مبيعـًا لا محالة.

قلتُ: قد ذكرنا في أوائل كتاب البيوع أن الباء إنَّما تعين ما دخلت عليه للثمنيَّة إذا كان ذلك الشيء من المكيلات والموزونات من غير الدراهم والدنانير، إذا وجبت في الذمَّة

....

موصوفة بصفة، أمَّا الدراهم والدنانير فإنَّها متعينة للثمنيَّة سواء دخلت الباء أو لم تدخل، والعروض المعيَّنة متعيَّنة للمبيعيَّة سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل، أمَّا المكيلات والموزونات إذا كانت غير متعينة وهي موصوفة ودخلت عليها الباء تتعين للثمنيَّة، كما إذا قال: اشتريتُ هذا العبد بكذا حنطة جيِّدة، وأمَّا إذا لم تدخل الباء فلا يتعيَّن للثمنية أيضاً بأن قال: اشتريتُ منك كذا حنطة بهذا العبد، فلا يصح العقد إلا بطريق السَّلم، كذا في «الذخيرة».

ثم إن كلامنا هاهنا في بيع المقايضة وهي تنبئ عن المساواة يقال: هما قيضان، أي: متساويان، فكان كلا البدلين متعينين، فلا يتعين كل واحد من العوضين للمبيعيَّة ولا للثمنية، فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعاً وثمناً، لعدم الأولوية لواحد منهما بتعيين أحد ذلك الوصفين، وإن دخلت الباء في أحدهما.

وذكر في «الذخيرة» في الوكيل ببيع عبد بعبدٍ: لو باع العبد بعبدٍ بعينه فإن كانت قيمة ذلك العبد مثل قيمة هذا العبد الذي يبيعه الوكيل، أو أقال مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإن كانت مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز، كذا ذكره في «الزِّيادات».

قيل: هذا على قولهما، فأمَّا على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يجوز كيف ما كان؛ لأنه وكيل بالبيع المطلق، والوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بما عزَّ وما هانَ عنده، وقيل: هذا قول الكل؛ لأن في بيع المقايضة كل واحد من البدلين مبيعٌ من وجه ثمن من وجه، فكان هذا توكيلًا بالشراء من وجهٍ وبالبيع من وجهٍ.

والغبن عند أبي حنيفة رحمه الله إن كان يتحمل في التوكيل بالبيع لا يتحمل في التوكيل بالشراء، والأول أظهر؛ لأن الثمنية أصل فيما وكل ببيعه، والعبرة للأصل وباعتبار الأصل هذا بيعٌ، وجعل القول بعدم الجواز في بيع المقايضة عند الغبن رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله في «المبسوط» فقال بعدما ذكر رواية الجواز ووجهها: وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله في الوكيل بالبيع: إذا باع بعرض فإن كان يساويه جاز، وإلا فلا، ثمَّ قال: ووجه هذه الرواية أنه في جانب العرض مشترٍ، والوكيل بالشراء لا يشتري للآمر بالمحاباة الفاحشة.

....

فإن قلتَ: كما أن كل واحد من عاقدي عقد المقايضة بائع بالنسبة إلى عرضه، مشترٍ بالنسبة إلى عرض الآخر، فكذلك في بيع الصَّرف كل واحد من عاقدي عقد الصرف بائع ومشترٍ؛ لما أنَّ بيع الصَّرف بيعٌ، والبيع لا بدَّ له من مبيع وثمن، وليس أحدهما بأَوْلَى من الآخر في جعله مبيعـًا أو ثمنـًا، فجعل كل واحد منهما مبيعـًا وثمنـًا، ثم الغبن الفاحش محتمل في بيع المقايضة في ظاهر الرواية على قول أبي حنيفة رحمه الله، خلافـًا لرواية الحسن على ما ذكرتُ من «الذخيرة»، و«المبسوط»، والغبن الفاحش غير محتمل في بيع الصرف في قول الكل باتفاق الروايات، فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما في العلة، والمسألة في باب الوكالة في الصرف من صرف «المبسوط» فقال فيه: وإن وكَّله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحطَّ عنه بما لا يتغابن الناس في مثله، لم يجز على الآمر، وكذا في «مختلفات المغني» أيضـًا.

قلنا: الفرق بينهما إنَّما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش هاهنا أيضـًا؛ وذلك لأن تصرف الوكيل بالشراء بالغبن إنَّما لا ينفذ على الموكل للتهمة، فإن من الجائز أنه عقد لنفسه، فلمَّا علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك للموكل، وهذا المعنى موجود هاهنا أيضـًا، فإن الوكيل يملكُ عقد الصَّرف لنفسه، كذا في «المبسوط».

وأمَّا في بيع المقايضة فليس للوكيل أن يبيع من نفسه، ولا أن يشتري لنفسه عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل، فلم ترد تلك التهمة التي ترد في حق الوكيل بالشراء، فلم يمنع الجواز لذلك في ظاهر الرواية على قول أبي حنيفة رحمه الله، كما في الوكيل بالبيع إذا باعه بالدراهم أو بالدنانير بالغبن الفاحش.

وذكر في «الذخيرة»: والوكيل بالصرف إذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف؛ لأن الغبنَ على قول أبي حنيفة رحمه الله إن كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه، إلا أن الشراء أصل في هذا العقد؛ لأن الثمنية في الدراهم والدنانير أصلٌ والعبرة للأصل، فكان شراء من كل وجه، والغبن الفاحش لا يتحمَّل في الشراء بالاتفاق.

فإن قلتَ: لمَّا كان بيع المقايضة شراءً من كل وجه وبيع من كل وجه على ما ذكر في

قَالَ: (وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يَجُوزُ عَقْدُهُ بِمِثْلِ القِيمَةِ وَزِيَادَةٍ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهَا، وَلَا يَجُوزُ بِمَا لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ) لِأَنَّ التُّهَمَةَ فِيهِ مُتَحَقِّقَةٌ فَلَعَلَّهُ اشْتَرَاهُ

الكتاب، فمن أيِّ وجه رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع فيه حتى نفذ ذلك البيع على الآمر، أي: بيع الوكيل ببيع شيء إذا باعه بعرض مع الغبن الفاحش.

قلتُ: إنَّما رجح هو جانب البيع فيه استدلالًا بمسألة مثلها اتفقوا في حكمها على أن حكمها حكم البيع لا حكم الشراء، ذكرها في «المبسوط» في باب الوكالة بالسَّلم من كتاب البيوع، فقال فيه: ثمَّ جانب البيع يترجح على جانب الشراء في البيع بعرض، ألا ترى أن أحد المضاربين إذا اشترى بغير إذن صاحبه كان مشتريًا لنفسه، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئًا من مال المضاربة توقف على إجازة صاحبه، فإن باعه بعرض يتوقف أيضًا، فإذا أجازه صاحبه كان تصرفه على المضاربة، فعرفنا أن جانب البيع يترجح فيه.

قوله: لِأَنَّ التُّهَمَةَ فِيهِ مُتَحَقِّقَةٌ فَلَعَلَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُوَافِقْهُ أَلْحَقَهُ بِغَيْرِهِ، والتهمة في باب الوكالة معتبرة، ألا ترى أن الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه أو ابنه للتهمة؛ ولأن الوكيل بالشراء كما يستوجب الثمن في ذمة نفسه يوجب لنفسه مثله في ذمة الآمر، والإنسان متهم في حق نفسه، فلا يملكُ أن يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل في ملكه بإزائه ما يعدله، ولهذا لو قال: اشتريتُ وقبضتُ وهلك في يدي فهات الثمن لا يقبل قوله، بخلاف الوكيل بالبيع؛ فإنه لو قال: بعتُ وقبضتُ الثمن وهلك عندي كان القول قوله.

ولأن أمره بالشراء يلاقي ملك الغير، وليس للإنسان ولاية مطلقة في ملك الغير، فلا يعتبر إطلاق أمره فيه، بخلاف البيع فإن أمره يلاقي ملك نفسه، وله في ملك نفسه ولاية مطلقة؛ ولأن اعتبار العموم والإطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكنٌ؛ لأنه لو اعتبر ذلك اشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال، ونحن نعلم أنه لا يقصد ذلك، فحملناه على أخصِّ الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير، وفي جانب البيع اعتبار العموم والإطلاق ممكنٌ؛ لأنه لا يتسلط به على شيء من ماله سوى المبيع الذي رضي بزوال ملكه عنه، وهذه فروق أربعة بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بالشراء في الغبن الفاحش، ذكرها

لِنَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُوَافِقْهُ أَلْحَقَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى مَا مَرَّ، حَتَّى لَوْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ قَالُوا يَنْفُذُ عَلَى الآمِرِ؛ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ، وَكَذَا الوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ إِذَا زَوَّجَهُ امْرَأَةً بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا جَازَ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ الإِضَافَةِ إِلَى المُوَكِّلِ فِي العَقْدِ فَلَا تَتَمَكَّنُ هَذِهِ التُّهَمَةُ، وَلا كَذَلِكَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ يُطْلَقُ العَقْدُ.

قَالَ: (وَالَّذِي لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ مَا لا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ فِي العُرُوضِ «دَهْ نِيمْ» وَفِي الحَيَوَانَاتِ «دَهْ يَازْدَهْ» وَفِي العَقَارَاتِ «دَهْ دُوَازْدَهْ»؛ لِأَنَّ

في كتاب البيوع من «المبسوط».

قوله: حَتَّى لَوْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ قَالُوا يَنْفُذُ عَلَى الآمِرِ، أي: وإن كان مع الغبن الفاحش لعدم التهمة؛ لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه.

ثم قوله: قَالُوا يَنْفُذُ عَلَى الآمِرِ، يحتمل أن يريد به قول عامَّة المشايخ، فإن فيه اختلاف المشايخ؛ لأنه ذكر في «الذخيرة»: فأمَّا الوكيل بشراء شيء بعينه فلا نصَّ فيه، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يتحمل فيه الغبن اليسير دون الفاحش، وقال بعضهم: لا يتحمل فيه اليسير أيضـًا.

قوله: لِأَنَّهُ يُطْلَقُ العَقْدُ، أي: لا يضيفه إلى الموكل، فيقول: اشتريتُ، ولا يقول: اشتريتُ لفلان.

قوله: وَقِيلَ فِي العُرُوضِ «دَهْ نِيمْ» وَفِي الحَيَوَانَاتِ «دَهْ يَازْدَهْ» وَفِي العَقَارَاتِ «دَهْ دُوَازْدَهْ»، هذا بيان الغبن اليسير، ويتحمل هذا المقدار من الغبن في هذه الأجناس على هذا الترتيب، ثمَّ إنما كان هكذا؛ لأن المعاملة في العروض أكثر بين الناس من المعاملة في الحيوانات، والمعاملة في الحيوانات أكثر من المعاملة في العقارات، فلمَّا كثرت المعاملة في العروض كانت التجربة فيها أوقع فيما يرجع إلى الغبن والربح، وكان التاجر بحالها أعرف، فيقل الغبن فيها لذلك، وقلَّت المعاملة في الحيوانات فتحمل فيها غبن أكثر من الغبن في العروض

التَّصَرُّفَ يَكْثُرُ وُجُودُهُ فِي الأَوَّلِ وَيَقِلُّ فِي الأَخِيرِ وَيَتَوَسَّطُ فِي الأَوْسَطِ وَكَثْرَةُ الغَبْنِ لِقِلَّةِ التَّصَرُّفِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ فَبَاعَ نِصْفَهُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -)؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُطْلَقٌ عَنْ قَيْدِ الِافْتِرَاقِ وَالِاجْتِمَاعِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الكُلَّ بِثَمَنِ النِّصْفِ يَجُوزُ عِنْدَهُ فَإِذَا بَاعَ النِّصْفَ بِهِ أَوْلَى (وَقَالَا: لَا يَجُوزُ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ لِمَا فِيهِ

وكذلك في العقارات، وعن هذا المعنى ما ذكره في «الذخيرة» محالًا إلى كتاب الزكاة من «الجامع» لشيخ الإسلام رحمه الله فقال: وتكلَّموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والفاحش، والصحيحُ ما رُوي عن محمد رحمه الله في النوادر: أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقوِّمين فهو يسير، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش، وإليه أشار في «الجامع» في تعليل مسألة في كتاب الزكاة.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلدة كالعبيد والدواب وغيرهم، فأمَّا ما له قيمة معلومة في البلدة كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل، وإن كان الزيادة شيئًا قليلًا كالفلس ونحوه؛ لأن هذا ممَّا لا يدخل تحت تقويم المقوِّمين؛ لأنه إنما يدخل تحت تقويم المقوِّمين ما يحتاج فيه إلى تقويم المقوِّمين، وهاهُنا لا يحتاج فلا يدخل.

قوله: وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ فَبَاعَ نِصْفَهُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وإنَّما وضع حكم شراء المسألة في العبد ليترتَّب عليه هذا الاختلاف المذكور؛ لأنه إذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق؛ لأنه ذكر في «الإيضاح» في باب الوكالة بالبيع: ولو باع الوكيل بعض ما أُمر به، فإن لم يكن في تبعيضه ضررٌ جاز في قولهم؛ لأن البيع يتناول الجملة فكان متناولًا للأبعاض، وليس في التفريق ضرر كالحنطة.

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الكُلَّ بِثَمَنِ النِّصْفِ يَجُوزُ عِنْدَهُ فَإِذَا بَاعَ النِّصْفَ بِهِ أَوْلَى، فإن قيل: إنَّما يجوز بيع الكل بثمن النصف؛ لأنه لم يتضمن عيب الشركة، وأمَّا بيع النصف

مِنْ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ (إلَّا أَنْ يَبِيعَ النِّصْفَ الآخَرَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا)؛ لِأَنَّ بَيْعَ النِّصْفِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إلَى الِامْتِثَالِ بِأَنْ لا يَجِدَ مَنْ يَشْتَرِيهِ جُمْلَةً فَيَحْتَاجُ إلَى أَنْ يُفَرِّقَ، فَإِذَا بَاعَ البَاقِيَ قَبْلَ نَقْضِ البَيْعِ الأَوَّلِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ وَسِيلَةً، وَإِذَا لَمْ يَبِعْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَقَعْ وَسِيلَةً فَلَا يَجُوزُ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ عِنْدَهُمَا.

(وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ فَاشْتَرَى نِصْفَهُ فَالشِّرَاءُ مَوْقُوفٌ، فَإِنِ اشْتَرَى بَاقِيَهُ لَزِمَ المُوَكِّلَ)؛ لِأَنَّ شِرَاءَ البَعْضِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إلَى الِامْتِثَالِ بِأَنْ كَانَ مَوْرُوثًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ فَيَحْتَاجُ إلَى شِرَائِهِ شِقْصًا شِقْصًا، فَإِذَا اشْتَرَى البَاقِيَ قَبْلَ رَدِّ الآمِرِ البَيْعَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ وَسِيلَةً فَيَنْفُذُ عَلَى الآمِرِ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ.

فيتضمن عيب الشركة في العبد، فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شرٍّ، فلا ينفذ بيعه على الموكل، قلنا: ضرر الشركة أهْوَن وأقل من ضرر بيع الكل بنصف الثمن، فلمَّا جاز ذلك على قوله، لَأَن يجوز هذا وهو ضرر الشركة أوْلَى.

قوله: وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ فَاشْتَرَى نِصْفَهُ فَالشِّرَاءُ مَوْقُوفٌ، أي: بالاتفاق، ثم اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه، قال أبو يوسف رحمه الله: إن أعتقه الآمر جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز، وقال محمد رحمه الله: إن أعتقه الوكيل جاز، وإن أعتقه الموكل لم يجز، فأبو يوسف رحمه الله يقول بأن العقد موقوف على إجازة الموكل، ألا ترى أنه لو أجاز صريحاً نفذ عليه، والإعتاق إجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ إعتاق الوكيل؛ لأن الوكالة تناولت محلًا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه، ولم يتوقف على إجازته فلا ينفذ إعتاقه.

ومحمد رحمه الله يقول: بأنه قد خالف فيما أمره به، وإنَّما التوقف عليه من حيث أن الخلاف يُتوهَّم رفعه بأن يشتري الباقي فيرتفعُ الخلاف، فقبل أن يشتري بقي مخالفاً، فإذا أعتقه الآمر لم يجز، كذا في «الإيضاح».

وَالفَرَقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ فِي الشِّرَاءِ تَتَحَقَّقُ التُّهَمَةُ عَلَى مَا مَرَّ. وَآخَرُ أَنَّ الأَمْرَ بِالبَيْعِ يُصَادِفُ مِلْكَهُ فَيَصِحُّ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ إِطْلَاقُهُ وَالأَمْرُ بِالشِّرَاءِ صَادَفَ مِلْكَ الغَيْرِ فَلَمْ يَصِحَّ فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقْيِيدُ وَالإِطْلَاقُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ فَرَدَّهُ المُشْتَرِي عَلَيْهِ بِعَيْبٍ لا يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِقَضَاءِ القَاضِي بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ أَوْ بِإِقْرَارٍ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ عَلَى الآمِرِ)؛ لِأَنَّ القَاضِيَ تَيَقَّنَ بِحُدُوثِ العَيْبِ فِي يَدِ البَائِعِ فَلَمْ يَكُنْ قَضَاؤُهُ مُسْتَنِدًا

قوله: وَالفَرَقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ فِي الشِّرَاءِ تَتَحَقَّقُ التُّهَمَةُ عَلَى مَا مَرَّ، إشارة إلى قوله: لِأَنَّ التُّهَمَةَ فِيهِ مُتَحَقِّقَةٌ فَلَعَلَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، إلى آخره.

وذكر «المبسوط»: وأبو حنيفة رحمه الله يفرق ويقول: الوكيل بالشراء لو اشترى بالزيادة الكثيرة لا يجوز، بخلاف الوكيل بالبيع والتهمة في جانب الوكيل بالشراء، فلعله اشترى النصف لنفسه، فلمَّا علم أن الشركة عيب أراد أن يحوله على الآمر.

يُوضح الفرق أن صحة التوكيل بالشراء بتسمية العبد، ونصف العبد ليس بعبدٍ، فلا يصير به ممتثلًا أمر الآمر، إلا أن يشتري ما بقي قبل الخصومة، فأمَّا في جانب البائع فصحة التوكيل باعتبار ملك الموكل للعين، وذلك موجود في البعض والكل، فيعتبر فيه إطلاقه، فلمَّا اعتبر إطلاق أمره في بيع العبد ملك المأمور بيع العبد جملةً أو نصفه؛ لأن الإطلاق يتناولهما، بخلاف المأمور بشراء العبد، فإنه لمَّا لم يعتبر فيه إطلاق أمر الآمر لمصادفة أمره في ملك الغير بطريق الإصالة، تقيد أمره بما هو المتعارف، والمتعارف فيه هو أن يشتري العبد جملةً، وأمَّا وجوب الثمن في ذمة المشتري فذلك تبع في البياعات، فلم يعتبر إطلاق أمره بالشراء بسبب الثمن؛ لأن الثمن تابعٌ وليس بمقصود في البياعات، لما عُرف.

قوله: بِعَيْبٍ لا يَحْدُثُ مِثْلُهُ، كالإصبع الزائدة، والسنِّ الشاغبة.

قوله: فَلَمْ يَكُنْ قَضَاؤُهُ مُسْتَنِدًا إِلَى هَذِهِ الحُجَجِ، هذا الذي ذكره دفع لسؤال سائل،

إِلَى هَذِهِ الحُجَجِ.

وَتَأْوِيلُ اشْتِرَاطِهَا فِي الكِتَابِ أَنَّ القَاضِيَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لا يَحْدُثُ مِثْلُهُ فِي مُدَّةِ شَهْرٍ مَثَلًا لَكِنَّهُ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ تَارِيخُ البَيْعِ فَيَحْتَاجُ إِلَى هَذِهِ الحُجَجِ لِظُهُورِ التَّارِيخِ، أَوْ كَانَ عَيْبًا لا يَعْرِفُهُ إِلَّا النِّسَاءُ أَوِ الأَطِبَّاءُ، وَقَوْلُهُنَّ وَقَوْلُ الطَّبِيبِ حُجَّةٌ فِي تَوَجُّهِ الخُصُومَةِ لا فِي الرَّدِّ فَيَفْتَقِرُ إِلَيْهَا فِي الرَّدِّ، حَتَّى لَوْ كَانَ القَاضِي عَايَنَ البَيْعَ وَالعَيْبُ ظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إِلَى شَيْءٍ مِنْهَا وَهُوَ رَدٌّ عَلَى المُوَكِّلِ فَلَا يَحْتَاجُ الوَكِيلُ إِلَى رَدٍّ وَخُصُومَةٍ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ)؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ

وهو أن يقال: لمَّا كان العيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة، فلم يتوقف قضاء القاضي إلى وجود هذه الحجج من البينة، والإقرار، وإباء اليمين، بل ينبغي أن يقضي القاضي بالرد على البائع لعلمه قطعـاً بوجود هذا العيب عند البائع؛ لما أنَّ اشتراط وجود هذه الحجج في العيب الذي يحدث مثله ليحصل العلم للقاضي بأن العيب كان موجودًا عند البائع، وقد علم القاضي بذلك هاهنا بدون هذه الحجج، فيجب أن لا يشترط وجود هذه الحجج في العيب الذي لا يحدث مثله، فأجاب عنه بقوله: وَتَأْوِيلُ اشْتِرَاطِهَا فِي الكِتَابِ أَنَّ القَاضِيَ يَعْلَمُ، إلى آخره.

قوله: أَوْ بِإِقْرَارٍ، فإن قيل: إذا أقرَّ الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذٍ إلى قضاء القاضي؛ لأنه يقبله لا محالةَ فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الإقرار، قلنا: يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول؛ فقضاء القاضي كان جبْرًا عليه على القبول.

قوله: فَيَفْتَقِرُ إِلَيْهَا لِلرَّدِّ، أي: إلى الحجج، وهي البينة، والإقرار، والإباء.

قوله: وَكَذَلِكَ إِنْ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ، أي: إن الوكيل يرده على الآمر أيضـاً، كما لو ردَّه بعيب لا يحدث مثله، لما ذكر في الكتاب، وفي الرد على الآمر في قبول الوكيل العبد بإباء يمين خلاف زفر رحمه الله، ذكره في «المبسوط».

فإن قيل: إذا كان الردُّ بالإباء يجب أن لا يلزم الموكل، كمن اشترى شيئـاً وباعه من غيره

مُطْلَقَةٌ، وَالوَكِيلُ مُضْطَرٌّ فِي النُّكُولِ لِبُعْدِ العَيْبِ عَنْ عِلْمِهِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ مُمَارَسَتِهِ المَبِيعَ فَلَزِمَ الآمِرَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ لَزِمَ المَأْمُورَ)؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ وَهُوَ غَيْرُ مُضْطَرٍّ إِلَيْهِ لِإِمْكَانِهِ السُّكُوتَ وَالنُّكُولَ، إِلَّا أَنَّ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ المُوَكِّلَ فَيُلْزِمَهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِنُكُولِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَالعَيْبُ يَحْدُثُ مِثْلُهُ حَيْثُ لا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ بَائِعَهُ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالبَائِعُ ثَالِثُهُمَا، وَالرَّدُّ بِالقَضَاءِ فَسْخٌ لِعُمُومِ وِلَايَةِ القَاضِي، غَيْرَ أَنَّ الحُجَّةَ قَاصِرَةٌ وَهِيَ الإِقْرَارُ، فَمِنْ حَيْثُ الفَسْخُ كَانَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ، وَمِنْ حَيْثُ القُصُورُ لا يَلْزَمُ المُوَكِّلَ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَوْ كَانَ

ثم إن المشتري الثاني وجد به عيباً فردَّه على المشتري الأول، فبنكوله لم يكن له أن يردَّه على بائعه، وهذا دليل زفر رحمه الله، فجعل هذا وما لو رُدَّ عليه بإقراره سواء في حق البائع الأول، فكذا في حق الوكيل.

ولكنا نقول: الوكيل مضطر في هذا النكول؛ لأنه لا يمكنه أن يحلف كاذبًا إذا كان عالماً بالعيب، وإنَّما اضطر إلى ذلك لعمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه، بخلاف ما إذا أقرَّ فإنه غير مضطر إلى الإقرار؛ لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالنكول، فيكون هو في الإقرار مختارًا لا مضطرًّا، وبخلاف المشتري الأول فإنه مضطر إلى النكول، ولكن في عمل باشره لنفسه، فلا يرجع بعهدة عمله على غيره، كذا في «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَمِنْ حَيْثُ الفَسْخُ كَانَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ، يعني إذا رد على الوكيل بسبب العيب الذي يحدث مثله بإقرار الوكيل بقضاء القاضي لا يكون ذلك ردًّا على الموكل، ولكن يبقى للوكيل حق الخصومة مع موكله في الرد عليه، بخلاف ما إذا ردَّ على الوكيل بإقراره بدون قضاء القاضي حيث لا يبقى له حقُّ الخصومة، والفرق أن الردَّ لمَّا حصل بقضاء تعذر

العَيْبُ لا يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَالرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِإِقْرَارِهِ يَلْزَمُ المُوَكِّلَ مِنْ غَيْرِ خُصُومَةٍ فِي رِوَايَةٍ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ مُتَعَيِّنٌ وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ لِمَا ذَكَرْنَا وَالحَقُّ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الرَّدِّ ثُمَّ إِلَى الرُّجُوعِ بِالنُّقْصَانِ فَلَمْ يَتَعَيَّنِ الرَّدُّ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الكِفَايَةِ بِأَطْوَلَ مِنْ هَذَا.

اعتباره بيعًا جديدًا لفقد التراضي فكان فسخًا، إلا أن هذا فسخٌ بدليل قاصر، فلقصور الحجَّة لا يكون الرد على الوكيل ردًّا على الآمر، ومن حيث إنه فسخ كان له أن يخاصم الموكل، ومتى كان الردُّ بالإقرار بغير قضاء كان فسخًا بالتَّراضي فأمكن اعتباره بيعًا جديدًا في الثالث فيبطل حق الخصومة.

فإن قيل: إذا كان الرد بإقرار الوكيل بغير قضاء يجبُ أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما قيل في الإجارة، فإن الوكيل بالإجارة إذا آجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء، فإنه يلزم الموكل ولم تعتبر إجارةٌ جديدةٌ في حق الموكل حتى يصير كأن الوكيل استأجره من المستأجر، وذلك جائزٌ إذا فعل.

قلنا له في الفرق بينهما: من أصحابنا من قال: لا فرق بينهما في الحقيقة؛ لأنَّ المعقود عليه في الإجارة في الدار لا يصير مقبوضًا بقبض الدار، ولهذا لو تلف بانهدام الدَّار كان في ضمان المؤاجر، فيكون هذا من البيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء، وهناك يلزم الآمر فكذا في الإجارة.

وقال الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وفي الكتاب علَّل هذا الفرق بين الفصلين وقال: لأن فسخ الإجارة ليس بإجارة، ومعنى هذا أن القبول بالعيب بغير قضاء القاضي في البيع يجعل بمنزلة عقد مبتدأ في حقِّ غير المتعاقدين والموكل غيرهما، وفي الإجارة لا يجعل هكذا؛ لأنَّ على إحدى الطريقتين الإجارة في معنى عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع، فبعد الردِّ بالعيب يمتنعُ الانعقاد لا أن يجعل ذلك عقدًا مبتدأ، وعلى الطريقة الأخرى العقد منعقد باعتبار إقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة، وهذا حكمٌ قد ثبتَ بالضرورة فلا يعدو موضعها، ولا ضرورة إلى أن يجعل الرد

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ أَمَرْتُكَ بِبَيْعِ عَبْدِي بِنَقْدٍ فَبِعْتَهُ بِنَسِيئَةٍ وَقَالَ الْمَأْمُورُ أَمَرْتَنِي بِبَيْعِهِ وَلَمْ تَقُلْ شَيْئًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ)؛ لِأَنَّ الأَمْرَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَةِ الآمِرِ وَلَا دَلَالَةَ عَلَى الإِطْلَاقِ.

بالعيب عقدًا مبتدأ لتقام رقبة الدار مقام المنفعة، هذا إذا كان عيباً يحدث مثله، أمَّا إذا كان عيباً لا يحدث مثله فردُّه عليه بإقراره بقضاء قاضٍ يكون ردًّا على الموكل باتفاق الروايات؛ لأن القاضي فسخ البيع بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لا بإقرار الوكيل، فيلزم الأمر، كما لو ردَّه بالبينة.

وإن ردَّه عليه بإقراره بغير قضاء ذكر في عامة روايات «المبسوط» أنه لا يلزم الآمر، وليس للوكيل أن يخاصمه في ذلك، وذكر في البيوع أنه يكون ردًّا على الموكل؛ لأنَّهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رُفع الأمر إليه، فإنَّهما لو رفعا الأمر إلى القاضي في عيب لا يحدث أصلًا، أو لا يحدث في تلك المدة، فإن القاضي يرُدّه عليه، ولا يكلفه إقامة الحجة على ذلك ويكون ردًّا على الموكل، كذلك هاهنا وجه عامة الروايات أن الردَّ بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ، ولو اشتراهُ منه حقيقةً لا يرد.

وقوله: بأنَّهما فعلا عين ما يفعله القاضي، قلنا: هذا الرد حصل تمليكاً وتملّكاً بالتراضي، وليس باستيفاء لعين الحق؛ لأن حق المشتري في الجزء الغائب لا في الرد فكان بيعاً ما أمكنَ، وإنَّما يجعل فسخاً إذا تعذَّر جعله بيعاً في حق الثالث، وفيما إذا كان بعضاً تعذَّر جعله بيعاً؛ لانعدام الرضاء، كذا ذكره الإمام المرغيناني، وقاضي خان رحمهما الله، وهذا هو الذي أحالَ بيانه إلى «الكفاية».

قوله: وَلَا دَلَالَةَ عَلَى الإِطْلَاقِ، أي: مبنى الوكالة على التقييد حيث لا تثبت الوكالة بدون التقييد، أي: ما لم يقل: وكلتُك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلًا ببيع ذلك الشيء، ألا ترى أنه لو قال لغيره وكلتُك بمالي أو في مالي لم يكن له أن يتصرف فيه بشيءٍ، بل يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط، أمَّا لو دفع المال مضاربة بالنصف كان للمضارب أن يتصرف فيه ما بدا له من التجارة، فمن ادعى الإطلاق في المضاربة كان مدعياً لما هو الأصل فيها، فكان القول

قَالَ: (وَإِنِ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ الْمُضَارِبُ وَرَبُّ الْمَالِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ) لِأَنَّ الأَصْلَ فِي الْمُضَارَبَةِ الْعُمُومُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِذِكْرِ لَفْظِ الْمُضَارَبَةِ فَقَامَتْ دَلَالَةُ الإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ وَالْمُضَارِبُ فِي نَوْعٍ آخَرَ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ الإِطْلَاقُ بِتَصَادُقِهِمَا فَنَزَلَ إِلَى الْوَكَالَةِ الْمَحْضَةِ ثُمَّ مُطْلَقُ الأَمْرِ بِالْبَيْعِ يَنْتَظِمُهُ نَقْدًا وَنَسِيئَةً إِلَى أَيِّ أَجَلٍ كَانَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا يَتَقَيَّدُ بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ وَالْوَجْهُ قَدْ تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا فَضَاعَ فِي يَدِهِ أَوْ أَخَذَ بِهِ كَفِيلًا فَتَوِيَ الْمَالُ عَلَيْهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الْوَكِيلَ أَصِيلٌ فِي الْحُقُوقِ وَقَبْضِ

قوله، ومن ادَّعى التقييد في الوكالة كان مدعياً لما هو الأصل فيها، فكان القول قوله، ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله وغيره.

قوله: إِلَى أَيِّ أَجَلٍ كَانَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، عملًا بالإطلاق، فإن إطلاق اللفظ في التوكيل بالبيع معتبر عند أبي حنيفة رحمه الله، وَعِنْدَهُمَا يَتَقَيَّدُ بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ، وَالْوَجْهُ قَدْ تَقَدَّمَ، أي: الوجه من الجانبين قد تقدم في مسألة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه.

قوله: أَوْ أَخَذَ بِهِ كَفِيلًا فَتَوِيَ الْمَالُ عَلَيْهِ، قيل: المراد من الكفالة هاهنا الحوالة؛ لأن التوى لا يتحقق في الكفالة، وقيل: بل الكفالة على حقيقتها، فإن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلساً.

وذكر في «الجامع الصغير المنهاجي»: والتوى على الكفيل بأن يموت مفلساً فلا ضمانَ عليه؛ لأنه يزداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة من غير أن يبرأ الأصيل من الثمن، وإن هلك الرهن في يده لم يضمن؛ لأن استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث أنه بدله أقيم مقامه، ولو هلك الثمن في يده يهلك أمانةً، فكذلك الرهن، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ

الثَّمَنِ مِنْهَا وَالكَفَالَةُ تُوثَقُ بِهِ، وَالِارْتِهَانُ وَثِيقَةٌ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ فَيَمْلِكُهُمَا بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَفْعَلُ نِيَابَةً وَقَدْ أَنَابَهُ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ دُونَ الكَفَالَةِ وَأَخْذِ الرَّهْنِ وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ يَقْبِضُ أَصَالَةً وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ المُوَكِّلُ حَجْرَهُ عَنْهُ.

إذا أخذ بالدين رهناً حيث لا يجوز، حيث يتصرف بحكم الآمر، حتى لو نهاهُ الموكل عن القبض صحَّ نَهيه، فيقتصر على قدر المأمور دون غيره، والرهن ليس بمأمور به فلا يتمكَّن من قبضه، فأمَّا الوكيل بالبيع يتصرف في الثمن بالولاية دون الآمر، حتى لو نَهاه الموكل عن قبض الثمن لم يعمل نهيه، فيُنزل الوكيل في ذلك منزلة المالك، والمالك لو ارتهن به جاز فكذلك الوكيل، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ، فإنه لا يملك أن يأخذ رهناً أو يأخذ كفيلًا مكان الدين، والوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأن الحوالة تتضمن إبراء المحيل، والوكيل لا يملك ذلك عنده، ولو ردَّ الرهن جاز وضمن للموكل الأقل من قيمته ومن الثمن، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يصح ردُّه، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّلَا بِهِ دُونَ الآخَرِ) وَهَذَا فِي تَصَرُّفٍ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ كَالْبَيْعِ وَالْخُلْعِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ رَضِيَ

فصلٌ

لمَّا ذكر حكم وكالة رجل واحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الرجلين؛ لما أن الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما.

قوله: وَإِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّلَا بِهِ دُونَ الآخَرِ، اعلم أن هذا الحكم الذي ذكره فيما إذا وكلهما بكلام واحد في دفعة واحدة بأن قال: وكلتكما ببيع عبدي هذا أو بخلع امرأتِي، أمَّا إذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما على الانفراد أن يتفرد في التصرف، وبه صرح في «المبسوط» في باب الوكالة بالبيع والشراء فقال: وإذا وكل رجلًا ببيع عبده ووكَّل به آخر أيضاً فأيّهما باعه جاز؛ لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حين وكَّله ببيعه وحده، وهذا بخلاف الوصيّين إذا أوصى إلى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا يتفرد واحد منهما بالتصرف في أصحِّ القولين؛ لأن وجوب الوصية بالموت، وعند الموت صارا وصيّين جملة واحدة.

وهاهنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل، فإذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف؛ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ رَضِيَ بِرَأْيِهِمَا لا بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا، حتى أن الرجل إذا وكل رجلين ببيع أو شراء فباع أحدهما أو اشترى أحدهما والآخر حاضر لا يجوز إلا أن يجيز الآخر، وفي «المنتقى»: وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فأجاز بيعه جاز،

بِرَأْيِهِمَا لا بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا، وَالبَدَلُ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا وَلكِنَّ التَّقْدِيرَ لا يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَ الرَّأْيِ فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ المُشْتَرِي.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُمَا بِالخُصُومَةِ) لِأَنَّ الِاجْتِمَاعَ فِيهَا مُتَعَذِّرٌ لِلْإِفْضَاءِ إِلَى الشَّغْبِ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ وَالرَّأْيُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ سَابِقًا لِتَقْوِيمِ الخُصُومَةِ.

وإن كان غائباً عنه فأجاز لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط»: ولو وكل رجلين ببيع شيءٍ وأحدهما عبد محجور عليه أو صبي لم يجز للآخر أن يتفرد ببيعه؛ لأنه ما رضي ببيعه وحده حتى ضم إليه رأي الآخر، ولو كانا حرين فباع أحدهما والآخر حاضر فأجاز كان جائزًا؛ لأن تمام العقد برأيهما، ألا ترى أنه لو باعه فضوليٌّ فأجاز جاز، فكذلك إذا باعه أحدهما وأجازه الآخر، ولو ماتَ أحدهما أو ذهبَ عقله لم يكن للآخر أن يبيعه؛ لأنه ما رضي برأيه وحده.

قوله: وَالبَدَلُ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا، إلى آخره، جواب شبهةٍ وهيَ: أنه إنما يحتاج إلى الرأي في البيع إذا لم يكن الثمن مسمى في التوكيل بالبيع، وأمَّا إذا سمى الموكل الثمن لا يجوز للوكيل أن يبيعه بأقلَّ منه، فلا يحتاج هذا التوكيل حينئذٍ إلى الرأي، فينبغي أن يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في البيع بذلك الثمن، كما في التوكيل بالطلاق والعتاق بغير عوض، فأجاب عنه بأنه إن لم ينقص من ذلك الثمن المسمى تجوز الزيادة عليه، فيحتمل عند اجتماعهما أن يزيد المشترى الثمن ويحتاج إلى الرأي أيضاً في اختيار المشتري الذي لا يماطل في أداء الثمن.

وذكر في «الذخيرة»: وكذلك إن سمَّى لهما الثمن في البيع والشراء لم يكن لأحدهما أن يتفرد بذلك؛ لأن تسمية الثمن إن كان يحجر الوكيل عن الزيادة لا يحجره عن النقصان، ولو اجتمعا على الشراء رُبَّما يمكنهما النقصان، وكذلك لو اجتمعا على البيع رُبَّما يمكنهما الزيادة.

قوله: إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُمَا بِالخُصُومَةِ، هذا مستثنى من قوله: فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّلا بِهِ دُونَ الآخَرِ، يعني أن الخصومة وإن كان يحتاج فيها إلى الرأي فتكلمهما فيها

قَالَ: (أَوْ بِطَلَاقِ زَوْجَتِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، أَوْ بِعِتْقِ عَبْدِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، أَوْ بِرَدِّ وَدِيعَةٍ عِنْدَهُ

معاً ليس بشرط.

وذكر في «الذخيرة»: وكان قضيَّة ما قلنا في الوكيلين بالخصومة أن لا يتفرد أحدهما بالخصومة؛ لأن الخصومة أمرٌ يحتاج فيه إلى الرأي، إلا أن اجتماعهما على الخصومة والتكلم متعذر؛ لأنه تلبيس على القاضي ويصير شغباً، وأمَّا اجتماعهما على البيع فغير متعذر.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: رجل وكَّل وكيلين في دين وقبضِه قال: لأحدهما أن يخاصم ولا يقبضان إلا معاً، وقال زفر رحمه الله: وليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه؛ لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأي، والموكل رضيَ برأي المثنى لا برأي الواحد، ولكنَّا نقول: ما هو المقصود بالخصومة لا يحصل بالاجتماع عليها؛ لما في الاجتماع من الإخلال بالاستماع ثم قال: فإذا تفرَّد أحدهما بالخصومة هل يشترط حضرة صاحبه في خصومته؟ بعض مشايخنا قالوا: يشترط، وعامة مشايخنا على أنه لا يشترط، وإطلاق محمد رحمه الله يدل على هذا.

قوله: أَوْ بِطَلَاقِ زَوْجَتِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، أَوْ بِعِتْقِ عَبْدِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، هذا معطوفٌ على المستثنى وهو **قوله**: بِالْخُصُومَةِ، لا على المستثنى منه.

وذكر في «الذخيرة»: ولو وكَّل رجلين بطلاق امرأة فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جائز؛ لأن ايقاع المنفرد الطلاق لا يحتاج فيه إلى الرأي، وكذلك في إعتاق عبده.

وفي «الجامع الصغير»: إذا وكل وكيلين بالطلاق وقال: لا يطلقن أحدكما دون صاحبه فطلق أحدهما ثم طلق الآخر أو أطلق أحدهما وأجاز الآخر لم يجز، وكذلك الوكيلان بالعتق، ولو قال لهما: طلقاها جميعاً ثلاثاً فطلقها أحدهما واحدة ثم طلقها الآخر تطلقتين لم يقع شيء حتى يجتمعا على ثلاث تطليقات.

قوله: أَوْ بِرَدِّ وَدِيعَةٍ، قيَّد بردها؛ لأنه إذا وكَّل رجلين بقبض وديعة له ليس لكل واحد منهما أن ينفرد بالقبض، كذا في «الذخيرة» فقال: قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامناً؛ لأنه شرط اجتماعهما

أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ لا يُحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الرَّأْيِ بَلْ هُوَ تَعْبِيرٌ مَحْضٌ، وَعِبَارَةُ المَثْنَى وَالوَاحِدُ سَوَاءٌ. وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُمَا طَلِّقَاهَا إِنْ شِئْتُمَا أَوْ قَالَ أَمْرُهَا بِأَيْدِيكُمَا لِأَنَّهُ تَفْوِيضٌ إِلَى رَأْيِهِمَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُقْتَصِرٌ عَلَى المَجْلِسِ، وَلِأَنَّهُ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِفِعْلِهِمَا فَاعْتَبَرَهُ بِدُخُولِهِمَا.

على القبض، واجتماعهما على القبض ممكن وللموكل فيه فائدة؛ لأن حفظ اثنين أنفع، فإذا قبض أحدهما صار قابضاً بغير إذن المالك فيصير ضامناً، ثم قال:

فإن قيل: ينبغي أن يصير ضامناً للنصف؛ لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف.

قلنا: كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه، وأمَّا في حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيءٍ منه، هذا إذا قبض أحدهما بغير إذن صاحبه؛ وأمَّا إذا قبض بأمر صاحبه فإنه لا يضمن؛ لأن له أن يُودع الكل عند صاحبه بعد القبض، فكان له أن يأمر صاحبه بالقبض؛ لأنه ليس في أمر صاحبه إلا إيداع الكل من صاحبه، وله ذلك.

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُقْتَصِرٌ عَلَى المَجْلِسِ، وإنما استدعى المشيئة التمليكَ؛ لأن المشيئة من خواص المالكيَّة، هكذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: وَلِأَنَّهُ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِفِعْلِهِمَا فَاعْتَبَرَهُ بِدُخُولِهِمَا، أي: اعتبر تعليق الطلاق بفعلهما بالتعليق بدخولهما الدار بأن قال لهما: إن دخلتما هذه الدار فامرأته طالق، فدخل أحدهما لا تطلق امرأته، بل يشترط وجود دخولهما جميعاً لوقوع الطلاق، فكذا هنا.

فإن قلت: مثل هذا موجود في توكيلهما بالطلاق؛ لأن صورة توكيلهما أن يوكلهما معاً لا على التعاقب لما مرَّ، فحينئذٍ يجب أن يشترط فعلهما جميعاً لتعليق الطلاق بفعلهما كما في قوله: أمرها بأيديكما.

قلت: قوله: ولأنه علق الطلاق بفعلهما، راجع إلى قوله: طلِّقاها إنْ شئتُما؛ لأن فيه معنى صريح حرف الشرط وقوله: لأنه تفويضٌ إلى رَأْيِهما، راجع إليهما أو إلى قوله: أمرُها

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا وُكِّلَ بِهِ) لِأَنَّهُ فُوِّضَ إلَيْهِ التَّصَرُّفُ دُونَ التَّوْكِيلِ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ وَالنَّاسُ مُتَفَاوِتُونَ فِي الآرَاءِ.

قَالَ: (إلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْمُوَكِّلُ) لِوُجُودِ الرِّضَا (أَوْ يَقُولَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك) لِإِطْلَاقِ التَّفْوِيضِ إلَى رَأْيِهِ، وَإِذَا جَازَ فِي هَذَا الْوَجْهِ يَكُونُ الثَّانِي وَكِيلًا عَنِ الْمُوَكِّلِ حَتَّى لا يَمْلِكَ الأَوَّلُ عَزْلَهُ وَلا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَيَنْعَزِلَانِ بِمَوْتِ الأَوَّلِ، وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ فِي أَدَبِ الْقَاضِي.

قَالَ: (فَإِنْ وَكَّلَ بِغَيْرِ إذْنِ مُوَكِّلِهِ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ بِحَضْرَتِهِ جَازَ)؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ حُضُورُ

بِأَيْدِيكُمَا، فلم يوجد في توكيلهما بالطلاق بقوله: طلق امرأتي، لا حرف الشرط حتى يكون معلقاً بفعلهما كما في قوله: طَلِّقَاهَا إنْ شِئْتُمَا، ولا هو ممَّا يحتاج فيه إلى الرأي كما في قوله: أَمْرُهَا بِأَيْدِيكُمَا، فكذلك ينفرد كل واحد منهما بالطلاق وإن لم ينفرد في تلك الصورتين.

قوله: وَإِذَا جَازَ فِي هَذَا الْوَجْهِ، وهو الوجه الذي يجوز التوكيل فيه بأن قال الموكل للوكيل: اعمل فيه برأيك، أو أذن له الموكل بالتوكيل.

قوله: وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ فِي أَدَبِ الْقَاضِي، وهو ما ذكره في فصل آخر بقوله: وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ عَلَى الْقَضَاءِ إلَّا أَنْ يُفَوَّضَ إلَيْهِ ذَلِكَ، إلى أن قال: وَلَوْ قَضَى الثَّانِي بِمَحْضَرٍ مِنَ الأَوَّلِ أَوْ قَضَى الثَّانِي فَأَجَازَ الأَوَّلُ جَازَ كَمَا فِي الوَكَالَةِ.

قوله: فَإِنْ وَكَّلَ بِغَيْرِ إذْنِ مُوَكِّلِهِ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ بِحَضْرَتِهِ جَازَ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين أحد الوكيلين في البيع أنه إذا باع أحدهما بغير إذن صاحبه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه، بل بالإجازة صريحاً على ما ذكرتُ قبيل هذا من رواية «الذخيرة»، حيث قال في «الذخيرة»: فباع أحدهما أو اشترى والآخر حاضر لا يجوز، إلا أن يجيز الآخر، وكذلك قيّد بالإجازة في «المبسوط»، وهاهنا اكتفى بالحضرة من غير إجازة.

قلتُ: ما ذكره في «الجامع الصغير» بأن عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل،

رَأْيِ الأَوَّلِ وَقَدْ حَضَرَ، وَتَكَلَّمُوا فِي حُقُوقِهِ. (وَإِنْ عَقَدَ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ لَمْ يَجُزْ)

الأول، محمول على ما إذا أجاز الوكيل الأول عقد الوكيل الثاني لا مطلق الحضرة، هكذا ذكر في «الذخيرة» وقال: ثم إنَّ محمدًا رحمه الله قال في «الجامع الصغير»: إذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول جاز، ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكر في وكالة «الأصل» في موضع، وذكر في موضع آخر من وكالة «الأصل» وشرط إجازته فقال: إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضر أو غائب، فأجاز الوكيل الأول جاز.

حُكي عن الكرخي رحمه الله أنه كان يقول: ليس في المسألة روايتان، ولكن ما ذكر مطلقاً في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجازه، فكان يحمل المطلق على المقيد، وإلى هذا ذهب عامة المشايخ؛ وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح؛ لأنه لم يؤذن له بذلك، صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة، ولو عُدم التوكيل من الأول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فإنه لا يجوز عقد هذا الفضولي إلا بإجازته؛ لأن الإجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملًا، كذا هاهنا، ومتى أجاز فإنَّما يجوز؛ لأن الوكيل يملك بمباشرته بنفسه، فيملك إجازته بالطريق الأولى.

ومنهم من يجعل في المسألتين روايتين، وجه رواية الجواز من غير إجازة الأول أن بيع الثاني حال غيبة الأول إنَّما لا يصح لتعدي العقد عن رأي الأول، ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأي الأول، وعلى هذا أحد وكيلي البيع والإجارة إذا أمر صاحبه بالبيع أو الإجارة فباع بحضرته، في رواية لا يجوز إلا بإجازته، وفي رواية يجوز من غير إجازته، وإن قدر الوكيل الأول للثاني ثمناً بأن قال: بعه بكذا، فباعه الثاني بغيبة الأول فيه روايتان، في رواية كتاب الرهن يجوز؛ لأن مقصود الموكل أن يكون البيع برأي الوكيل الأول، وإذا قدر الوكيل الأوَّل ثمناً فبيع الوكيل الثاني بيع برأي الوكيل الأول.

وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز؛ لأن الأول لو كان هو الذي يُباشر رُبَّما يبيع بالزيادة على ذلك المقدَّر لذكائه وهدايته.

قوله: وَتَكَلَّمُوا فِي حُقُوقِهِ، في «الذخيرة»: ثم إذا باع واشترى بحضرة الأول حتى جاز

لِأَنَّهُ فَاتَ رَأْيَهُ إِلَّا أَنْ يُبْلِغَهُ فَيُجِيزَهُ (وَكَذَا لَوْ بَاعَ غَيْرُ الوَكِيلِ فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ) لِأَنَّهُ حَضَرَ رَأْيُهُ (وَلَوْ قَدَّرَ الأَوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّانِي فَعَقَدَ بِغَيبَتِهِ يَجُوزُ) لِأَنَّ الرَّأْيَ فِيهِ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَاهِرًا وَقَدْ حَصَلَ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ وَقَدَّرَ الثَّمَنَ، لِأَنَّهُ لَمَا فَوَّضَ إِلَيْهِمَا مَعَ تَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَهَرَ أَنَّ غَرَضَهُ اجْتِمَاعُ رَأْيِهِمَا فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ المُشْتَرِي عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، أَمَّا إِذَا لَمْ يُقَدِّرِ الثَّمَنَ وَفَوَّضَ إِلَى الأَوَّلِ كَانَ غَرَضُهُ رَأْيَهُ فِي مُعْظَمِ الأَمْرِ وَهُوَ التَّقْدِيرُ فِي الثَّمَنِ.

فالعهدة على من تكون؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الجامع الصغير».

وذكر البقالي رحمه الله في «فتاواه»: أن الحقوق ترجع إلى الأول، وفي حيل «الأصل» و«العيون»: أن الحقوق ترجع إلى الثاني.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: منهم من قال: العهدة على الأول؛ لأن الموكل إنما رضي بلزوم العهدة على الأول دون الثاني، ومنهم من قال: العهدة على الثاني؛ إذ السبب وهو العقد وُجد من الثاني دون الأول، والثاني كالوكيل للموكل الأول، حتى لو مات الموكل الأول ينعزل الوكيل الثاني بموته، ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الأول، كذا ذكره السيد الإمام رحمه الله في «الملتقط».

قوله: وَلَوْ قَدَّرَ الأَوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّانِي، أي: قدر الوكيل الأول الثمن للوكيل الثاني الذي وكله بغير إذن موكله فقال له: بعه بكذا، فباعه الثاني بذلك المقدار بغيبة الأول قد ذكرنا قُبيل هذا أن فيه روايتين، وقد اختار جانب الجواز في الكتاب.

قوله: كَانَ غَرَضُهُ رَأْيَهُ فِي مُعْظَمِ الأَمْرِ وَهُوَ التَّقْدِيرُ فِي الثَّمَنِ؛ وذلك لأن المقصود من البياعات الاسترباح، والعاده جرت في الوكالات أن يوكل الموكل من هو أهدى في تحصيل الأرباح، وذلك إنما يكون في الوكيل بالبيع بتقدير ثمن كان مصلحة في تحصيل زيادة الربح، وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول بثمن المبيع، ورأيه إنما يطلب لأجل هذا، فلمَّا حصل

قَالَ: (وَإِذَا زَوَّجَ المُكَاتَبُ أَوِ العَبْدُ أَوِ الذِّمِّيُّ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ أَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَى لَهَا لَمْ يَجُزْ) مَعْنَاهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهَا لِأَنَّ الرِّقَّ وَالكُفْرَ يَقْطَعَانِ الوِلَايَةَ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ المَرْقُوقَ لا يَمْلِكُ إِنْكَاحَ نَفْسِهِ فَكَيْفَ يَمْلِكُ إِنْكَاحَ غَيْرِهِ، وَكَذَا الكَافِرُ لا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى المُسْلِمِ حَتَّى لا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ هَذِهِ وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفْوِيضِ إِلَى القَادِرِ المُشْفِقِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى النَّظَرِ، وَالرِّقُّ يُزِيلُ القُدْرَةَ وَالكُفْرُ يَقْطَعُ

ذلك لم يُبال بعده لنيابة الآخر عنه في العبارة.

قوله: مَعْنَاهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهَا، إنَّما احتاج إلى هذا التأويل؛ لأن قوله: أَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَى لَهَا لَمْ يَجُزْ، يحتمل معنيين:

أحدهما أن يشتري لها شيئاً بمال نفسه، والآخر أن يشتري لها بمالها، والثاني هو المراد هنا، فلذلك قال: مَعْنَاهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهَا.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: ذميٌّ أو مكاتبٌ أو عبدٌ زوج ابنته وهي صغيرة حرَّة مسلمة، أو تصرف في مالها بيعاً أو شراءً لا يجوز؛ لأن اختلاف الدين يمنع الولاية، قال الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾ [النساء: ١٤١]، والرق ينفي ولايته على نفسه، فلأن ينفي ولايته على غيره أَوْلَى، وكذا المكاتب.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: وكذلك عندنا المرتد إذا مات على الردة، والحربي المستأمن لا يجوز شراء واحد منهما وبيعه، ولا نكاحه على ابنته الصغيرة المسلمة؛ لما مرَّ من انقطاع ولاية الكافر على المسلم، فإن زوَّج المرتد ابنته ثم أسلم جاز نكاحه؛ لأن هذا نكاح له مُجيز في الحال، حتى لو رفع إلى القاضي فأجازه يجوز، فكان سبيله التوقف، وإذا توقف وعادت ولايته نفذت لوجود الإجازة منه، وإن تزوَّج هو بنفسه لم يجز؛ لأن جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد، فإن أسلم بعد هذا لم يحلّ له إلا بإنشاء النكاح؛ لأن هذا نكاح لا مجيز له حال وقوعه فلم يتوقف على إسلامه؛ لأن ما لا مجيز له حال وقوعه لا يتوقف، ألا ترى أن الصبي إذا زوج عبده أو أعتقه أو وهبه أو تصدق به كان باطلًا لا ينفذ،

الشَّفَقَةَ عَلَى المُسْلِمِ فَلَا تُفَوَّضُ إِلَيْهِمَا (قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَالمُرْتَدُّ إِذَا قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَالحَرْبِيُّ كَذَلِكَ) لِأَنَّ الحَرْبِيَّ أَبْعَدُ مِنَ الذِّمِّيِّ فَأَوْلَى بِسَلْبِ الوِلَايَةِ، وَأَمَّا المُرْتَدُّ فَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ وَإِنْ كَانَ نَافِذًا عِنْدَهُمَا لَكِنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى وَلَدِهِ وَمَالِ وَلَدِهِ بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّهَا وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ وَذَلِكَ بِاتِّفَاقِ المِلَّةِ وَهِيَ مُتَرَدِّدَةٌ، ثُمَّ تَسْتَقِرُّ جِهَةُ الِانْقِطَاعِ إِذَا قُتِلَ عَلَى الرِّدَّةِ فَيَبْطُلُ وَبِالإِسْلَامِ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا فَيَصِحُّ.

حتى وإن أجازه بعد بلوغه؛ لأنَّها تصرفات لا مجيز لها حال وقوعها، بخلاف المرتد إذا زوَّج ابنته الصغيرة؛ لأن له مجيزًا وهو القاضي أو الولي فيتوقف.

ثم **قوله: قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَالمُرْتَدُّ إِذَا قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَالحَرْبِيُّ كَذَلِكَ**، أي: تصرفهما على المسلم لا يجوز، إنَّما خص قولهما مع أن هذا حكم مجمع عليه؛ لأن الشبهة إنما ترد على قولهما؛ لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذةٌ، وإن قتل على ردته عندهما بناءً على الملك، ولكن تصرفاته على ولده موقوفةٌ بالإجماع.

قوله: لِأَنَّ الحَرْبِيَّ أَبْعَدُ مِنَ الذِّمِّيِّ؛ لأن الذمي صار منَّا دارًا وإن لم يكن منَّا دينًا، أو تحقق في حقِّ الذمي ما هو خلف عن الإسلام، ولم يثبت في حق الحربي شيءٌ من الأصل والخلف، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(بَابُ الوَكَالَةِ بِالخُصُومَةِ وَالقَبْضِ)

قَالَ: (الوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالقَبْضِ) عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ. هُوَ يَقُولُ رَضِيَ بِخُصُومَتِهِ وَالقَبْضُ غَيْرُ الخُصُومَةِ وَلَمْ يَرْضَ بِهِ.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لمَّا كانت الوكالة بالخصومة من المهجور الشرعي حتَّى عدلت عن حقيقتها إلى مطلق الجواب لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنَٰزَعُواْ فَتَفۡشَلُواْ﴾ [الأنفال: ٤٦]، تأخَّر ذكرها عمَّا هو مطلق شرعاً، ومقر على حقيقته فعلاً، وهو أحكام الوكالات التي لا هجران فيها.

قوله: الوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالقَبْضِ، أطلق في الرواية ليتناول التوكيل بالخصومة العين والدَّين جميعاً، فإنه ذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: الوكيل بالخصومة في الدين والعين جميعاً وكيل بالقبض عند علمائنا الثلاثة.

قوله: هُوَ يَقُولُ رَضِيَ بِخُصُومَتِهِ وَالقَبْضُ غَيْرُ الخُصُومَةِ؛ لأن الخصومة لإظهار الحق والقبض ليس من الخصومة، ويختار في الخصومة في العادة ألَجّ الناس، وللقبض أءْمن الناس، فمن يصلح للخصومة لا يُرضى بأمانته عادةً، ولكنَّا نقول: الوكيل بالشيء مأمور بإتمام ذلك الشيء، وَإِتْمَامُ الخُصُومَةِ يَكُونُ بِالقَبْضِ؛ لأن الخصومة قائمة ما لم يقبض؛ وذلك لأنه ما لم يقبضه يتوهم عليه الإنكار بعد ذلك والمطل، ويحتاج إلى المرافقة بإثبات الخصومة، فلمَّا وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمناً؛ ولأن المقصود بالخصومة الوصول إلى الحق، وذلك بالقبض يكون، والوكيل بالشيء يملك تحصيل ما هو المقصود به، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

وَلنا أَنَّ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ إِتْمَامَهُ وَإِتْمَامُ الخُصُومَةِ وَانْتِهَاؤُهَا بِالقَبْضِ، وَالفَتْوَى اليَوْمَ عَلَى قَوْلِ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِظُهُورِ الخِيَانَةِ فِي الوُكَلَاءِ، وَقَدْ يُؤْتَمَنُ عَلَى الخُصُومَةِ مَنْ لا يُؤْتَمَنُ عَلَى المَالِ، وَنَظِيرُهُ الوَكِيلُ بِالتَّقَاضِي يَمْلِكُ القَبْضَ عَلَى أَصْلِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَضْعًا، إِلَّا أَنَّ العُرْفَ بِخِلَافِهِ وَهُوَ قَاضٍ عَلَى الوَضْعِ وَالفَتْوَى عَلَى أَنْ لا يَمْلِكَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَا وَكِيلَيْنِ بِالخُصُومَةِ لا يَقْبِضَانِ إِلَّا مَعًا) لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا لا بِأَمَانَةِ أَحَدِهِمَا، وَاجْتِمَاعُهُمَا مُمْكِنٌ بِخِلَافِ الخُصُومَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَالوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَكُونُ وَكِيلًا بِالخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -)

قوله: وَالفَتْوَى اليَوْمَ عَلَى قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، وروى أبو بكر البلخي أن محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ رحمهم الله أفتوا بقول زفر رحمه الله؛ لأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصًّا ودلالةً، أمَّا نصًّا فظاهر، وكذلك دلالة؛ لأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي، ولا يرضى بأمانته وقبضه، وبه أفتى أيضًا الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَنَظِيرُهُ الوَكِيلُ بِالتَّقَاضِي يَمْلِكُ القَبْضَ عَلَى أَصْلِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَضْعًا، أي لأن التقاضي في معنى القبض في أصل اللغة؛ لأنه ذكر في «الأساس»: تقاضيته ديني وبديني، واقتضيتُه ديني واستقضيته، واقتضيتُ منه حقي، أي: أخذتُه.

قوله: إِلَّا أَنَّ العُرْفَ بِخِلَافِهِ؛ لأن الناس في العرف لا يفهمون من التقاضي القبض، بل يفهمون منه المطالبة، فبسبب عُرف الناس صار المجاز بمنزلة الحقيقة ليتسارع أفهام الناس في التقاضي إلى معنى المطالبة الذي هو المجاز.

قوله: وَالوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَكُونُ وَكِيلًا بِالخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، قيَّد

حَتَّى لَوْ أُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْمُوَكِّلِ أَوْ إِبْرَائِهِ تُقْبَلُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَا يَكُونُ

بقبض الدين؛ لأن الوكيل بقبض العين لا يكون خصماً بالإجماع على ما يجيء، والكلام فيه يرجع إلى أصل، وهو أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلًا بالخصومة؛ لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير، وإذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلًا بالخصومة؛ لأن التملك إنشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد، فإذا ثبت هذا فنقول: التوكيل بقبض الوديعة لم يقع بالتملك، فإنه مستوفٍ عين حقه فلم تتعلق الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصماً، والتوكيل بالأخذ بالشفعة والقسمة، والرد بالعيب توكيل بالتمليك؛ لأن الملك فيما يستوفيه الوكيل ليس بثابت للموكل، وإنما يثبت له الملك بأخذ الوكيل فصار بمنزلة التوكيل بالشراء، فأمّا الوكيل بقبض الدين فهما يقولان بأن هذا في الشرع عقد استيفاء للحق، ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيئاً من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التمليك ساقط في الحكم، وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الحقيقة في هذا الباب فقال: المقبوض ليس بملك للموكل، وإنما هو بدل حقه، والشرع شرع ذلك طريقاً للاستيفاء، فشابه الشفعة والقسمة، كذا في «الإيضاح».

وذكر في «الذخيرة»: وإذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البينة على الدين هل يقبل ببينة؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله يقبل، وعلى قولهما لا يقبل، والأصل في جنس هذه المسائل أن التوكيل إذا حصل بقبض ما هو ملك الموكل فالوكيل لا يصير خصماً في حقٍّ، وإذا حصل التوكيل بقبض ما هو ملك الغير من كل وجه بحق للموكل عليه، فالوكيل ينتصب خصماً في حق الإثبات؛ وهذا لأن التوكيل بالخصومة لم يوجد نصًّا، فلو ثبت التوكيل بالخصومة إنَّما يثبت ضرورة أن التوكيل لا يتوصل إلى القبض إلا بالخصومة، والتوكيل بالشيء توكيل به وبما لا يتوصل إليه إلا به، إلا أنه قد يمكنه الوصول إلى القبض بدون الخصومة بأن لا يجحد، وقد لا يمكنه الوصول إليه إلا بالخصومة، فأحد الاعتبارين يوجب أن يكون خصماً والآخر يوجب أن لا يكون خصماً، والعمل بهما غير ممكن في كل حكم، فعملنا بهما في حكمين فقلنا: إذا حصل التوكيل بقبض ما هو ملك الموكل لا ينتصب خصماً في الإثبات، وإذا حصل التوكيل بقبض عين هو ملك الغير لحق الموكل قبله ينتصب

خَصْمًا وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ القَبْضَ غَيْرُ الخُصُومَةِ،

الوكيل خصماً في الإثبات، وإنَّما عملنا على هذا الوجه؛ لأنا لو عملنا على العكس وجعلناه خصماً في الإثبات إذا حصل التوكيل بقبض ملك الموكل، لزمنا أن نجعله خصماً إذا حصل التوكيل بقبض ملك الغير؛ لأن الحاجة إلى الخصومة في ملك الغير أكثر، فحينئذٍ يتعطل العمل بالشيئين.

إذا ثبت هذا فنقول: الوكيل بأخذ الشفعة ينتصب خصماً في حق إثبات الشفعة بالاتفاق؛ لأنه وكيل بقبض ملك الغير حقيقةً وحكماً بحق للموكل قبله، والوكيل بقبض العبد لا ينتصب خصماً في حق الإثبات بالاتفاق؛ لأنه وكيل بقبض عين هو ملك الموكل حقيقةً وحكماً، وأمَّا الوكيل بقبض الدين هل ينتصب خصماً بالإثبات؟ فهو على الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله على نحو ما بيَّنا، بناءً على أن الوكيل بقبض الدين وكيل بقبض ما هو ملك الموكل، أو وكيل بقبض ما هو ملك الغير، فوقع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه وكيل بقبض ما هو ملك الموكل حكماً، بناءً على أن المقبوض بجهة الدين عين حق صاحب الدين حكماً، حتى كان له الأخذ من غير قضاءٍ ولا رضاءٍ، كما لو كان عنده وديعة أو غصب، ووقع عند أبي حنيفة رحمه الله أنه وكيل بقبض ما هو ملك الغير، بناءً على أن المقبوض بجهة الدين ملك رب الدين حقيقة؛ لأن المقبوض بجهة الدين ليس عين حق صاحب الدين بل هو بدل حقه؛ لأن حق صاحب الدين في الدين، وهذا عين والعين مع الدين مختلفان؛ ولأن تصرفات المديون فيما في يده نافذة رضي بذلك رب الدين أو لم يرض، وإذا صار خصماً في الإثبات عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه وكيل بقبض ملك الغير، والإثبات سبب لقبضه صار خصماً في إثبات الإيفاء إلى الطالب؛ لأن الإيفاء إلى الطالب وقبض الوكيل سواء؛ لأن الوكيل يقبض ليدفع إلى الطالب، وأمَّا الوكيل بأخذ الشفعة إذا ادعى عليه تسليم الآمر فإنه لا يصير خصماً في ذلك؛ لأن الوكيل بأخذ الشفعة إنَّما صار وكيلًا في الإثبات؛ لأنه لا يتوصل إلى الأخذ إلا به، والمأمور بالشيء مأمور به وبما لا يتوصل إليه إلا به، وهذا المعنى لا يتأتى في جانب التسليم؛ لأن تسليم الآمر لا يتوصل إلى القبض، بل يبطل حقه في القبض فلا ينتصب خصماً عن الموكل في ذلك.

وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ يُؤْتَمَنُ عَلَى المَالِ يَهْتَدِي فِي الخُصُومَاتِ فَلَمْ يَكُنِ الرِّضَا بِالقَبْضِ رِضًا بِهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالتَّمَلُّكِ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، إِذْ قَبْضُ الدَّيْنِ نَفْسِهِ لا يُتَصَوَّرُ إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ اسْتِيفَاءَ العَيْنِ حَقَّهُ مِنْ وَجْهٍ، فَأَشْبَهَ الوَكِيلَ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ وَالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ وَالقِسْمَةِ وَالرَّدِّ بِالعَيْبِ،

ثم إن أبا حنيفة رحمه الله فرق بين الوكيل بقبض الدين وبين الرسول والمأمور، فجعل الوكيل خصماً في الإثبات ودعوى الإيفاء عليه، ولم يجعل الرسول والمأمور خصماً في إثبات الدين ودعوى الإيفاء عليه.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالتَّمَلُّكِ، وذكر الإمام الكشاني رحمه الله: أن هذا توكيل بالتمليك والتملك فصار خصماً.

قوله: لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، إِذْ قَبْضُ الدَّيْنِ نَفْسِهِ لا يُتَصَوَّرُ، فيصير للقبض حكم المبادلة، وإن كان يفارقها من وجه فإنه يصح من غير تراض.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ اسْتِيفَاءَ العَيْنِ حَقَّهُ مِنْ وَجْهٍ، ولهذا يجبر على الأداء، ولو كان تمليكاً محضاً لما أجبر عليه، وكذلك إذا ظفر بجنس حقه يجوز له الأخذ.

قوله: فَأَشْبَهَ الوَكِيلَ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ - حتى إذا قامت عليه البينة بأن الموكل سلم الشفعة صحّت حيث يقبل البينة ويبطل الشفعة - وَالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ - يعني إذا وكل الواهب رجلًا بأن يرجع في الهبة، فأراد الوكيل الرجوع فالموهوب له أقام البينة على أن الواهب أخذ العوض يكون خصماً فتقبل بينته.

قوله: وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ، أي: الوكيل بالشراء خصم حتى تقبل البينة عليه، والقسمة بأن وكل أحد الشريكين وكيلًا بأن يقاسم مع شريكه، فالشريكُ أقام البينة على الوكيل بأن شريكي الذي هو موكلك أخذ نصيبه تقبل؛ لأنه خصم.

قوله: وَالرَّدِّ بِالعَيْبِ، بأن وكل المشتري رجلًا بردّ المبيع على البائع فأقام البائع البينة

وَهَذِهِ أَشْبَهُ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ حَتَّى يَكُونَ خَصْمًا قَبْلَ القَبْضِ كَمَا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ الأَخْذِ هُنَالِكَ، وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ مُبَاشَرَةِ الشِّرَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ المُبَادَلَةَ تَقْتَضِي حُقُوقًا وَهُوَ أَصِيلٌ فِيهَا فَيَكُونُ خَصْمًا فِيهَا.

قَالَ: (وَالوَكِيلُ بِقَبْضِ العَيْنِ لا يَكُونُ وَكِيلًا بِالخُصُومَةِ) بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ مَحْضٌ، وَالقَبْضُ لَيْسَ بِمُبَادَلَةٍ فَأَشْبَهَ الرَّسُولَ (حَتَّى أَنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِقَبْضِ عَبْدٍ لَهُ فَأَقَامَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ البَيِّنَةَ أَنَّ المُوَكِّلَ بَاعَهُ إِيَّاهُ وَقَفَ الأَمْرُ حَتَّى يَحْضُرَ الغَائِبُ) وَهَذَا

على الوكيل أن المشتري رضي بالعيب تقبل بينته؛ لأنه خصم.

قوله: وَهَذِهِ أَشْبَهُ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ، أي: الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء، ووجه الأشبه ما ذكره في الكتاب **بقوله**: حَتَّى يَكُونَ خَصْمًا قَبْلَ القَبْضِ - هاهنا - كَمَا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ الأَخْذِ هُنَالِكَ، وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ مُبَاشَرَةِ الشِّرَاءِ، **وقوله**: وَهَذَا، إشارة إلى مطلع نكتة أبي حنيفة رضي الله عنه **بقوله**: أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالتَّمَلُّكِ، يعنى كأن الموكل أمر الوكيل بالتملك مثل الدين الذي على المديون، وذلك مبادلة ومعاوضة، والمأمور بالمبادلة يكون أصلًا في حقوق المبادلة.

وذكر في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: ولا يقال: لو كان وكيلًا بالمبادلة وجبَ أن تلحقه العهدة في المقبوض، لأنا نقول: إنما لا تلحقه العُهدة في المقبوض؛ لأن قبض الدين وإن كان مبادلة من الوجه الذي ذكرنا، فهو استيفاء عين الحق من وجه؛ لأن من الديون ما لا يجوز الاستبدال به، فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصماً، ولشبهه بأخذ العين لا تلحقه العهدة عملًا بهما، هذا إذا ادعى الإيفاء، وإن ادعى الإبراء فكذلك ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: وَقَفَ الأَمْرُ حَتَّى يَحْضُرَ الغَائِبُ، أي: الآمر.

اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الوَكِيلِ؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ قَامَتْ لِأَعْلَى خَصْمٍ فَلَمْ تُعْتَبَرْ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ خَصْمٌ فِي قَصْرِ يَدِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ المُوَكِّلِ فِي القَبْضِ فَتَقْصُرُ يَدُهُ حَتَّى لَوْ حَضَرَ البَائِعُ تُعَادُ البَيِّنَةُ عَلَى البَيْعِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ المُوَكِّلَ عَزَلَهُ عَنْ ذَلِكَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِهِ، كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ العَتَاقُ وَالطَّلَاقُ وَغَيْرُ ذَلِكَ) وَمَعْنَاهُ إِذَا أَقَامَتِ المَرْأَةُ البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ وَالعَبْدُ وَالأَمَةُ عَلَى العَتَاقِ عَلَى الوَكِيلِ بِنَقْلِهِمْ تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِهِ حَتَّى

قوله: لِأَنَّ البَيِّنَةَ - أي: بينة صاحب اليد - قَامَتْ لِأَعْلَى خَصْمٍ؛ - لأن الوكيل بقبض العين ليس بخصم - فَلَمْ تُعْتَبَرْ، أي: لم تعتبر بينة ذي اليد في قطع يد الوكيل بالقبض.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ خَصْمٌ - أي: أن الوكيل خصم - فِي قَصْرِ يَدِهِ - أي: في قصر يد نفسه، أي: في قصر يد الوكيل - فَتَقْصُرُ يَدُهُ، أي: يد الوكيل.

قوله: وَكَذَلِكَ العَتَاقُ، وذكر في «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة»: وإذا وكل الرجلُ الرجلَ بقبض عبد له أو جارية فادعى العبد العتق من مولاه وأقام البينة، ففي القياس لا تقبل هذه البينة؛ لأنها قامت على من ليس بخصم، فإن الوكيل بقبض العين لا يكون خصماً، والعبد إنما يدعي العتق على مولاه والمولى غائب، ومتى لم تقبل البينة فيما ذكره من الطلاق والعتاق كان للوكيل حق القبض قياساً؛ لأن قصر يد الوكيل لو ثبت إنَّما يثبت في ضمن ثبوت المدعى، وإذا امتنع ثبوت المدعى امتنع ثبوت ما يثبت في ضمن ثبوت المدعى أعني به قصر اليد، ولكنه استحسن فقال: تقبل هذه البينة في قصر يد الوكيل على العبد دون القضاء بالعتق؛ لأنها تتضمن العتق، ومن ضرورته قصر يد الوكيل عن قبضه، والوكيل ليس بخصم في أحدهما وهو إثبات العتق على المولى، ولكنه خصم في إثبات قصر يده عليه، وليسَ من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب، فلهذا قبلنا البينة في قصر يد الوكيل عنه.

وقوله: وَغَيْرُ ذَلِكَ، كما إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل وأقام بينة

يَحْضُرَ الغَائِبُ اسْتِحْسَانًا دُونَ العِتْقِ وَالطَّلَاقِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ عَلَى مُوَكِّلِهِ عِنْدَ القَاضِي جَازَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، وَلا يَجُوزُ عِنْدَ غَيْرِ القَاضِي) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ اسْتِحْسَانًا إِلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الوِكَالَةِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ وَإِنْ أَقَرَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا يَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -

على ذلك بقصر يد الوكيل عن القبض.

قوله: وَإِذَا أَقَرَّ الوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ عَلَى مُوَكِّلِهِ عِنْدَ القَاضِي جَازَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، أطلق إقرار الموكل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه، فإن هذا الحكم وهو جواز إقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيًا أو مدعًا عليه، سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل؛ فإقرار وكيل المدعي هو أن يقر أن موكله قبض هذا المال، وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على المدعى عليه.

ثمَّ القياس في هذه المسألة أحد الشيئين: إمَّا شمول الجواز في الوجهين، أعني جواز الإقرار في مجلس القضاء وغير مجلس القضاء كما هو قول أبي يوسف رحمه الله، وإمَّا شمول العدم كما هو قول زفر والشافعي.

وأمَّا جواب الاستحسان فهو القول بالفصل بين الوحهين، وهو جواز الإقرار في مجلس القضاء وعدم جوازه في غير مجلس القضاء، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، إلى هذا أشار في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

فعُلِم بهذا أن قوله: اسْتِحْسَانًا، يتعلق بقوله: جَازَ، وبقوله: لا يَجُوزُ.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الوِكَالَةِ، يعني لا يدفع المال إليه، ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام بينة على ذلك لا يسمع بينة.

وفي «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي: وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تبطل

أَوَّلًا، وَهُوَ القِيَاسُ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالخُصُومَةِ وَهِيَ مُنَازَعَةٌ وَالإِقْرَارُ يُضَادُّهُ؛ لِأَنَّهُ مُسَالَمَةٌ، وَالأَمْرُ بِالشَّيْءِ لا يَتَنَاوَلُ ضِدَّهُ، وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ الصُّلْحَ وَالإِبْرَاءَ وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ،

الوكالة على رواية الأصل؛ لأنه زعم أنه مبطل في دعواه؛ ولأنه لا حقَّ له في القبض، فلا يجعل وكيلًا ويخرج من الوكالة بحكم إقراره، وذكر هاهنا أنه لا يقضي بدفع المال إليه لزعمه بانتفاء حقه في الأخذ.

قوله: لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالخُصُومَةِ وَهِيَ مُنَازَعَةٌ، لأن الخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة، والإقرار اسم لكلام يجري على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد ما أمر به، وَالأَمْرُ بِالشَّيْءِ لا يَتَنَاوَلُ ضِدَّهُ، وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ الوكيلُ بالخصومة الهبةَ والبيعَ والصلحَ، والدليل عليه بطلان إقرار الأب والوصي على الصبي، مع أن ولايتهما أعم من ولاية الوكيل.

وأبو يوسف رحمه الله يقول: الموكل أقام الوكيل مقام نفسه مطلقاً، فيقتضي أن يملك ما كان الموكل مالكاً له، والموكل مالك للإقرار بنفسه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء، فكذلك الوكيل؛ وهذا لأنه إنما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجباً إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة واليمين، فأمَّا الإقرار فموجب للحق بنفسه سواء حصل من الوكيل أو من الموكل، فمجلس القضاء فيه وغير مجلس القضاء سواء، كذا في «المبسوط».

قوله: وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ، بأن وكله بالخصومة غير جائز الإقرار عليه، هذه المسألة دليل من يقول أن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار، فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجازًا لمطلق الجواب كان ينبغي أن لا يصح استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة؛ وذلك لأن المراد من الجواب إمَّا الإقرار أو الإنكار لا كلاهما بالاتفاق.

ثمَّ في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل، وذلك لا يجوز، والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح؛ لما قلنا، عُلِم بهذا أن

وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالجَوَابِ مُطْلَقًا يَتَقَيَّدُ بِجَوَابٍ هُوَ خُصُومَةٌ لِجَرَيَانِ العَادَةِ بِذَلِكَ وَلِهَذَا يَخْتَارُ فِيهَا الأَهْدَى فَالأَهْدَى. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّوْكِيلَ صَحِيحٌ قَطْعًا وَصِحَّتُهُ بِتَنَاوُلِهِ مَا يَمْلِكُهُ قَطْعًا وَذَلِكَ مُطْلَقُ الجَوَابِ دُونَ أَحَدِهِمَا عَيْنًا. وَطَرِيقُ المَجَازِ مَوْجُودٌ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ تَحَرِّيًا لِلصِّحَّةِ قَطْعًا؛ وَلَوِ اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ، فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُهُ.

التوكيل با لخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب.

وذكر الإمام البُرغري رحمه الله في «طريقته» في تعليل قول زفر والشافعي رحمهما الله: وممَّا يدل عليه لو وكله واستثنى الإقرار فإنه يصح التوكيل ولا يملك الإقرار، ولو كان مطلق التوكيل يتناوله لما صحَّ استثناؤه، كما لو وكله بالخصومة واستثنى الإنكار؛ لأن الإنكار هو الخصومة، فإذا استثنى بطل الاستثناء؛ لأنه استثنى جميع ما تكلَّم، وهنا يصح التوكيل ولا يملك الإقرار، عُلِم أنه ليس من الخصومة، وذكر في «المبسوط» صحة هذا الاستثناء في ظاهر الرواية.

قوله: فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَصِحُّ؛ لأن من أصله أن صحة الإقرار باعتبار قيام الوكيل مقام الموكل، وهذا حكم الوكالة فلا يصح استثناؤه، كما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الوكيل الثمن كان الاستثناء باطلًا، فأمَّا في ظاهر الرواية فالاستثناء صحيح؛ لأن صحة إقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ إلى نوع من المجاز، فهو بهذا الاستثناء تبيَّن أن مراده حقيقة الخصومة، لا الجواب الذي هو مجاز بمنزلة بيع أحد الشريكين نصف العبد شائعاً من النصيبين أنه لا ينصرف إلى نصيبه خاصة عند التنصيص عليه، بخلاف ما إذا أطلق.

قوله: وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالجَوَابِ مُطْلَقًا، هذه مسألة مبتدأة خلافيَّة ليس إيرادها على وجه الاستشهاد، يعني لو وكله بالجواب مطلقاً فهو على هذا الخلاف أيضاً، كذا في «المختلفات البرهانيَّة».

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّوْكِيلَ صَحِيحٌ قَطْعًا - أي: التوكيل بالخصومة صحيح

وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَصِحُّ لِأَنَّ لِلتَّنصِيصِ زِيَادَةَ دَلَالَةٍ عَلَى مِلْكِهِ إِيَّاهُ؛

من كل وجه بالإجماع - وَصِحَّتُهُ بِتَنَاوُلِهِ مَا يَمْلِكُهُ قَطْعًا، أي: ما يملك الموكل من كل وجه، كما إذا وكل أحد الشريكين في العبد المشترك بينهما ببيع نصفه رجلًا ينصرف التوكيل إلى النصف الذي يملكه الموكل، لا إلى النصف الشائع، صرفاً للتوكيل إلى ما يملكه الموكل، وما يملكه الموكل هاهنا مطلق الجواب من الإقرار والإنكار، لا الإقرار عيناً لا غير، والإنكار عيناً لا غير، فإن المدعي إذا كان مبطلًا في دعواه يجب الإنكار لا غير، ولو كان ممَّا يجب الإقرار لا غير، فعُلِم بهذا أن مالكيَّة الموكل في أحد نوعي الجواب من الإنكار والإقرار دائرة مع بطلان الدعوى وحقيقتها، فكذلك وكيله؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل، فعُلِم بهذا أن ما يملكه الموكل مطلق الجواب بهذا الطريق فكذلك وكيله.

قوله: وَطَرِيقُ المَجَازِ مَوْجُودٌ - أي: بين الخصومة ومطلق الجواب - عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ، وهو قوله: وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ التَّوْكِيلَ يَتَنَاوَلُ جَوَابًا يُسَمَّى خُصُومَةً، إلى آخره.

قوله: فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ، أي: فيصرف التوكيل بالخصومة إلى مطلق الجواب الذي هو المجاز.

قوله: وَلَوِ اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ، فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ، أي: أن الاستثناء لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ، أي: لأن الموكل لا يملك الإنكار عيناً؛ لأنه لا يعلم أن الإنكار حقه عيناً؛ لأنه إنَّما يكون الإنكار حقه عيناً إذا علم أن المدعي مبطل في دعواه عيناً، فلو صحَّ استثناء الإقرار يبقى توكيلًا بالإنكار عيناً، وهو لا يملكه لما قلنا، فلا يملك التوكيل به.

وذكر في «الذخيرة»: ولو وكله بالخصومة غير جائز الإقرار، وفي هذا الوجه يصير وكيلًا بالإنكار؛ لأن باستثناء الإقرار تبيَّن أن التوكيل ما يتناول نفس الجواب، إنما يتناول جواباً مقيدًا بالإنكار، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله، ثم قال: وذكر الشيخ الإمام علي البزدوي رحمه الله في «شرح الجامع الصغير»: إن هذا الاستثناء على قول أبي يوسف رحمه الله لا يصح؛ لأنه لو صح يبقى وكيلًا بالإنكار، وتعذر تصحيح الوكالة بالإنكار لاحتمال كونه مبطلًا فيه، وهو أنه إنما يملك التوكيل بجواب هو حق.

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَصِحُّ؛ لِأَنَّ لِلتَّنصِيصِ زِيَادَةَ دَلَالَةٍ عَلَى مِلْكِهِ إِيَّاهُ،

وَعِنْدَ الإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَى الأَوَّلِي. وَعَنْهُ أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ الطَّالِبِ وَالمَطْلُوبِ وَلَمْ يُصَحِّحْهُ فِي الثَّانِي لِكَوْنِهِ مَجْبُورًا عَلَيْهِ وَيُخَيَّرُ الطَّالِبُ فِيهِ؛ فَبَعْدَ ذَلِكَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنَّ الوَكِيلَ قَائِمٌ مَقَامَ المُوَكِّلِ، وَإِقْرَارُهُ لا يَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ

أي: للتنصيص على الاستثناء زيادة دلالة على أن غرض الموكل من التوكيل الإنكار؛ لأنه لما استثنى الإقرار لا يجوز إقرار الوكيل على الموكل، فكان الاستثناء دليلًا على ملك الموكل استثناء الإقرار، لما ذكرنا من تقرير شيخ الإسلام رحمه الله بقوله: إن باستثناء الإقرار تبيَّن أن التوكيل ما يتناول نفس الجواب، إنما يتناول جواباً مقيدًا بالإنكار.

قوله: وَعِنْدَ الإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَى الأَوَّلِي، يعنى إذا أطلق الوكالة بالخصومة يحمل ذلك على الأول وهو مطلق الجواب؛ لأن مطلق الجواب هو الثابت للموكل، لا أن يكون أحد النوعين من الإقرار والإنكار ثابتاً له عيناً، فكذلك في وكيله.

قوله: وَعَنْهُ، أي: وعن محمد رحمه الله.

وذكر في «التتمة» في فصل الوكالة بالخصومة: وعن محمد رحمه الله يصح استثناء الإقرار من الطالب؛ لأنه مخير، ولا يصح من المطلوب؛ لأنه مجبور عليه، يعني أن الوكيل إذا كان من جانب المدَّعي صح استثناء الإقرار، فإن المدَّعي لما كان مخيرًا بين الإقرار والإنكار أفاد الاستثناء فائدته في حقه فيصح التوكيل به، وأمَّا إذا كان وكيلًا من جانب المدَّعى عليه فلا يصح استثناء الإقرار؛ لأنه لا يفيد؛ وذلك لأن المدَّعى ثبتت ما ادَّعاه بالبينة على المدعى عليه، أو يضطر المدعى عليه على الإقرار لعرض اليمين عليه، فيكون هو مجبورًا على الإقرار، فكذلك وكيله، إلا أن الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله؛ لأن النيابة لا تجري في الأيمان فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته.

قوله: وَلَمْ يُصَحِّحْهُ فِي الثَّانِي - أي: ولم يصحح محمد رحمه الله استثناء الإقرار في حق المطلوب - لِكَوْنِهِ مَجْبُورًا عَلَيْهِ، أي: لكون المطلوب مجبورًا على الإقرار على ما ذكرنا، هذا إذا استثنى الإقرار، وأمَّا إذا استثنى الإنكار فهل يصح؟ نذكره وسائر الوجوه فيما

الْقَضَاءِ فَكَذَا إِقْرَارُ نَائِبِهِ. وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ التَّوْكِيلَ يَتَنَاوَلُ جَوَابًا يُسَمَّى خُصُومَةً حَقِيقَةً أَوْ مَجَازًا، وَالْإِقْرَارُ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ خُصُومَةٌ مَجَازًا،

بعد إن شاء الله تعالى.

قوله: وَهُمَا يَقُولَانِ - أي: أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله - إِنَّ التَّوْكِيلَ يَتَنَاوَلُ جَوَابًا يُسَمَّى خُصُومَةً حَقِيقَةً - وهو الإنكار - أَوْ مَجَازًا، وهو الإقرار، وقد ذكرنا وجه الحقيقة في حق الإنكار، بأن الخصومة اسمٌ لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة، وذلك إنَّما يكون بالإنكار، فكانت الخصومة للإنكار حقيقةً والإقرار ضده، فلا يكون الاسم لغيره حقيقةً، فلو أريد الإقرار بالخصومة إنَّما يراد على طريق المجاز، ووجه المجاز ما ذكره في الكتاب بقوله: إِمَّا لِأَنَّهُ خَرَجَ فِي مُقَابَلَةِ الْخُصُومَةِ، أَوْ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ.

وذكر في «المبسوط»، و«الأسرار»: فجواب الخصم يسمى خصومة مجازًا، وإن لم يكن في نفسه خصومة بل كان مساعدةً؛ لأن سببه كان خصومة الآخر معه، أو خرج في مقابلة خصومته كما يسمى جزاء العدوان عدوانًا، أي: في قوله تعالى: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وجزاء السيئة أي: في قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]، وإن لم يكن الثاني سيئةً بل كان حقًّا؛ لأنه وجب بسبب السيئة وفي مقابلتها، وإذا جاز أن يسمَّى جواب الخصومة خصومة مجازًا، وإن لم يكن خصومة في نفسه حملت هذه التسمية على الجواب الذي هو مجاز بدلالة، وهي أن التوكيل أمر بما هو له، والذي يملكه في مقابلة خصومة دعوى المدعي جوابه لا الإنكار فحسب، فإنه لا يملك الإنكار إذا عرفه محقًّا بل يملك الإقرار حينئذٍ، فثبتَ أن الجواب المملوك له إمَّا إقرار وإمَّا إنكار، فمطلق التوكيل ينصرف إلى ما له دون ما ليس له، كعبد بين رجلين وكل أحدهما رجلًا يبيع نصفه، فإنه ينصرف إلى نصفه المملوك له خاصة دون نصف شائع من النصيبين؛ لأنه وكله ببيع النصف لينفذ أمره فيه، وذلك إنَّما يكون في نصف مملوك له، إلا أن ينص فيقول بنصف من النصيبين جميعًا، فكذلك هاهنا ينصرف إلى ماله وهو الجواب عن الدعوى، وأمَّا إذا لم يدل الدليل على انصراف اسم النصف إلى النصف المملوك له خاصة، ينصرف

....

إلى النصف الشائع من النصيبين كما هو حقيقته، ألا ترى أن رجلًا لو جاء وادَّعى نصفه واستحقَّه بالبينة انصرف إلى نصف شائع من النصيبين دون نصف لأحدهما عين.

فإن قيل: أجمعنا على أن الحقيقة مرادُه وهي الإنكار، فبطل أن يكون مجازها مرادًا وهو الإقرار؛ إذ لو كان هو مرادًا أيضـًا يلزم الجمعُ بين الحقيقة والمجاز.

قلنا: إذا أنكر صحَّ لا لأنه حقيقة، بل لأنه جواب الخصم، فجواب الخصم يسمى خصومةً مجازًا، فملك الإنكار لكونه جواب الخصم لا لكونه خصومة، ولمَّا ملكه بلفظ المجاز دخل تحته ما يكون جوابـًا عملًا بعموم المجاز، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان فدخلها ماشيـًا حنث وهو حقيقة، وإذا دخلها راكبـًا حنث أيضـًا وهو مجاز؛ لأن المراد بهذا اللفظ مجازه وهو الدخول، إلا أن الدخول دخول سواء كان ماشيـًا أو راكبـًا، فيحنث بعموم المجاز في الحالين.

وكذلك لو قال: اليوم الذي يقدم فيه فلان فامرأته طالق، فقدم ليلًا أو نَهارًا حنث، والنهار حقيقة والليل مجاز؛ لأنه صار كناية عن الوقت مجازًا، ثم عموم المجاز يتناول الليل والنهار، فيحنث في الحالين بالمجاز لا بالحقيقة في حال والمجاز في أخرى، بخلاف ما إذا وكله بالخصومة غير جائز الإقرار عليه؛ لأنه لم يبق لما رامه من الصَّرف إلى ما له مَحْمل، فصار كالتوكيل ببيع نصف العبد من نصيبهما جميعـًا، فإنه لا ينصرف إلى نصفه خاصَّة؛ لأن الأمر لا يحتمله، وإنما يطلب تصحيحه على ما له إذا احتمل الأمر ذلك؛ ولأن مجلس الحكم مجلس الخصومة، فما يجري فيه يسمى خصومة مجازًا، وهذا لا يوجد في غير مجلس الحكم؛ ولأنه إنما استعان بالوكيل فيما يعجز عن مباشرته بنفسه، وذلك فيما استحق عليه، والمستحق عليه الجواب في مجلس الحكم، وبخلاف الأب والوصي فإنَّ تصرفهما مقيَّد بالشرط الأنظر والأصلح، قال الله تعالى: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وذلك لا يظهر بالإقرار فلهذا لا يملكه؛ ولأن الشرع هو الذي وكل الأب أو الوصي، والشرع إنَّما وكله وأنابه فيما يكتسب لليتيم ما يقوّم به مصالح نفسه عاجلًا، لا في ما يقوم به مصالحه دينـًا،

إِمَّا لِأَنَّهُ خَرَجَ فِي مُقَابَلَةِ الخُصُومَةِ، أَوْ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ إِتْيَانُهُ بِالمُسْتَحَقِّ وَهُوَ الجَوَابُ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ فَيَخْتَصُّ بِهِ، لَكِنْ إِذَا أُقِيمَتِ البَيِّنَةُ عَلَى إِقْرَارِهِ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ يَخْرُجُ مِنَ الوِكَالَةِ حَتَّى لا يُؤْمَرَ بِدَفْعِ المَالِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُنَاقِضًا وَصَارَ كَالأَبِ أَوِ الوَصِيِّ إِذَا أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ لا يَصِحُّ،

وليس في الإقرار مصلحة للصغير عاجلًا بل فيه ضرر، وإنما يكون فيه مصلحة دينيَّة، والشرع قد وضعها عنه إلى أن يبلغ، حتى أنه لا يأثم بمطلِه فيبقى إبطال ملك بلا مصلحة، وإنه لا يدخل تحت ولايته كالهبة ونحوها، فلذلك لم يصح إقرار الوصي إذا أقرَّ على اليتيم، أو إقرار الأب على الصغير في مجلس الخصومة.

قوله: إِمَّا لِأَنَّهُ خَرَجَ، أي: لأن الإقرار خرج.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ، أي: لأن الخصومة على تأويل التخاصم سبب للإقرار، أي: الخصومة سبب للجواب والجواب سبب للإقرار؛ لأن الجواب يكون تارةً بنعم وتارةً بلا، فكانت الخصومة سبباً للإقرار بالواسطة، وقد يسمى المسبب باسم السبب كما يقال: صلاة العيد سنة مع أنَّها واجبة باعتبار أنَّها تثبت بالسنة، وكما سُمِّي جزاء السيِّئة التي هي مسبب السيِّئة باسم السيِّئة إطلاقا لاسم السبب على المسبب.

قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ إِتْيَانُهُ بِالمُسْتَحَقِّ، أي: الظاهر من حاله أن يأت في مجلس القضاء بما هو المستحق عليه.

قوله: فَيَخْتَصُّ بِهِ، أي: الجواب المستحق يختص بمجلس القضاء.

قوله: حَتَّى لا يُؤْمَرَ بِدَفْعِ المَالِ إِلَيْهِ، أي: إلى الوكيل، فإن الوكيل لا يقبض المال لجهة الطالب بعد الإقرار.

قوله: كَالأَبِ أَوِ الوَصِيِّ، إذا ادَّعى شيئاً للصغير، فأنكر المدَّعى عليه وصدقه الأب أو الوصي، ثم جاء يدعي المال.

وَلا يَدْفَعُ المَالَ إِلَيْهِمَا.

قوله: وَلا يَدْفَعُ المَالَ إِلَيْهِمَا؛ لأنه خرج من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب إقراره بما قاله المدَّعى عليه، فكذلك هاهنا، فكان حاصل هذه المسألة وهي مسألة التوكيل بالخصومة على خمسة أوجه، ذكرها في «الذخيرة» فقال: وإذا وكل رجلًا بالخصومة فهو على وجوه:

الأول: أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشيء آخر، وفي هذا الوجه يصير وكيلًا بالإنكار بالإجماع، ويصير وكيلًا بالإقرار أيضاً عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأن التوكيل بالخصومة صحيح بالإجماع، وإنَّما يصح التوكيل بما هو حلال للموكل، ونفس الخصومة ليست بحلال للموكل لا محالة؛ لأنه على تقدير أن المدعي محق في الدعوى لا يحل للمدعى عليه الإنكار لا محالة، أمَّا جواب الخصومة وهو قوله: نعم أو لا حلال له، فجعلنا هذا توكيلًا بجواب الخصومة وأمكن أن يجعل كذلك؛ لأن الخصومة مضاف إليها والجواب مضاف، وحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقام المضاف سائغٌ في اللغة، كما في قوله تعالى: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢]، أي: أهل القرية، والإقرار جواب الخصومة كالإنكار، فصحَّ ما ادعينا أنَّ التوكيل بالخصومة منه توكيل بالإقرار.

والثاني: أن يوكله بالخصومة غير جائز للإقرار، وقد ذكرنا أن في هذا الوجه يصير وكيلًا بالإنكار، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله أن هذا الاستثناء لا يصح، وقد ذكرنا وجه الطرفين.

والثالث: أن يوكله بالخصومة غير جائز الإنكار، وفي هذا الوجه يصير وكيلًا بالإقرار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية؛ وهذا لأن الموكل رُبَّما يضره الإنكار بأن كان المدعى به أمانة، ولو جحد الوكيل جحودًا أصليًا لا يصح دعوى الرد بعد ذلك، وقبل الجحود يصح دعوى الردِّ في التوكيل بالإقرار، فيصح استثناء الإنكار كما يصح استثناء الإقرار، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يصح استثناء الإنكار.

والرابع: أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار عليه، وفي هذا الوجه يصير وكيلًا بالخصومة

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ بِمَالٍ عَنْ رَجُلٍ فَوَكَّلَهُ صَاحِبُ المَالِ بِقَبْضِهِ عَنِ الغَرِيمِ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي ذَلِكَ أَبَدًا) لِأَنَّ الوَكِيلَ مَنْ يَعْمَلُ لِغَيْرِهِ، وَلَوْ صَحَّحْنَاهَا صَارَ عَامِلًا

والإقرار، حتى لو أقرَّ صحَّ إقراره على الموكل عندنا خلافـاً للشافعي رحمه الله، ويجبُ أن تعلم بأن التوكيل بالإقرار صحيحٌ عندنا، فلا يصير الموكل مقرًّا بنفس التوكيل عندنا، ذكر محمد رحمه الله المسألةَ في باب الوكالة بالصلح.

حُكي عن الشيخ الإمام أحمد الطواوسي رحمه الله أنه كان يقول: معنى التوكيل بالإقرار أن يقول الموكل للوكيل: وكلتُك أن تخاصم وتذب عنِّي، وإذا رأيتَ مذمة تلحقني بالإنكار واستصوبت الإقرار فأقر عليَّ فإنِّي قد أجزتُ ذلك.

والخامس: إذا قال: وكلتُك بالخصومة غير جائز للإقرار والإنكار، وقد اختلف المتأخرون فيه، بعضهم قالوا: لا يصح هذا التوكيل أصلًا؛ لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة، وجواب الخصومة إقرار وإنكار فإذا استثنى كلاهما لم يُفوض إليه شيئاً.

وحُكي عن القاضي الإمام صاعد النيسابوري رحمه الله أنه قال: يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلًا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البيّنة عليه، وإنما يصح التوكيل بهذا العذر؛ لأن ما هو مقصود الطالب وهو الوصول إلى حقه بواسطة إقامة البينة يحصل به.

قوله: وَمَنْ كَفَلَ بِمَالٍ عَنْ رَجُلٍ، إلى آخره، صورة المسألة ما إذا وكَّل ربُّ الدين كفيلًا عن المديون بقبض المال عن المديون لا يصح توكيله أبدًا، حتى لو هلك المال في يده لا يهلك على الموكل، وقوله: أَبَدًا، أي: قبل براءة الكفيل وبعدها، أمَّا قبل البراءة فللمعنى الذي ذكر في الكتاب.

وأمَّا بعد البراءة فإنه لمَّا لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا ينقلب وكالة بعد انعدام المانع، كمن كفل الغائب فلم يصح لعدم قبوله وهو شرط، ثم إذا بلغه الخبر فأجاز لا يجوز أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقد مرَّ.

قوله: لِأَنَّ الوَكِيلَ مَنْ يَعْمَلُ لِغَيْرِهِ، وَلَوْ صَحَّحْنَاهَا صَارَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ

لِنَفْسِهِ فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، وَلِأَنَّ قَبُولَ قَوْلِهِ مُلَازِمٌ لِلْوِكَالَةِ لِكَوْنِهِ أَمِينًا،

فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، أي: ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه؛ وذلك لأنه لو صحَّت الوكالة يصير عاملًا لنفسه، فإنه في قبض الدين يسعى في فكاك رقبته، وصار هذا كالمحتال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلًا؛ لما قلنا.

فإن قيل: يشكل هذا برب الدين إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح، ذكره في «الجامع الكبير»، وإن كان المديون في إبراء نفسه ساعياً في فكاك رقبته.

قلنا: ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في تعليل هذه المسألة أن المديون لا يصلح وكيلًا عن الطالب بإبراء نفسه على خلاف المذكور في «الجامع» فكان للمنع فيه محال، كذا في «الفوائد الظهيريَّة»، ولئن سلمنا مسألة الإبراء فنقول:إن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد فلا يرد علينا نقضـاً؛ لأن كلامنا في الوكالة لا في التمليك.

فإن قيل: ينبغي أن تصح الوكالة في مسألتنا؛ لأنه عامل لرب الدين قصدًا؛ لأن الموكل أصل في إثبات الوكالة، فكان عمل الوكيل لنفسه واقعـاً في ضمن عمله لغيره، فتصح الوكالة اعتبارًا للمتضمن الذي هو الأصل.

قلنا: لا نسلم بل العمل لنفسه أصل؛ لأن الأصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره.

فإن قلتَ: لما استويا من هذا الوجه لقيام جهة الأصالة لكل واحد منهما، وجبَ أن تبطل الكفالة بالوكالة هاهنا؛ لأن الوكالة طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة، كما إذا تأخرت الكفالة تكون ناسخة للوكالة، فإن الإمام المحبوبي رحمه الله ذكر في «الجامع الصغير»: أن الوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصحُّ الضمان وتبطل الوكالة، فكذا يجبُ أن تبطل الكفالة بالوكالة إذا تأخرت الوكالة عن الكفالة.

قلتُ: الكفالة تصلح ناسخة للوكالة ومبطلة لها لا على العكس؛ وذلك لأن الشيء جاز أن يبطل بما هو مثله أو فوقه لا بما هو دونه، ثم الوكالة دون الكفالة في الرتبة، فإنَّ الكفالة عقد لازم؛ إذ الكفيل لا يتمكن من إخراج نفسه عنها إلا بالأداء أو بالإبراء، والوكيل يتمكن من إخراج نفسه بأن يعزل نفسه، فعرفنا أن الوكالة دون الكفالة، فبطلت الوكالة بالكفالة

وَلَوْ صَحَّحْنَاهَا لا يُقْبَلُ لِكَوْنِهِ مُبَرِّئًا نَفْسَهُ فَيَنْعَدِمُ بِانْعِدَامِ لازِمِهِ، وَهُوَ نَظِيرُ عَبْدٍ مَدْيُونٍ أَعْتَقَهُ مَوْلاهُ حَتَّى ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ وَيُطَالَبُ العَبْدُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ، فَلَوْ وَكَّلَهُ الطَّالِبُ بِقَبْضِ المَالِ عَنِ العَبْدِ كَانَ بَاطِلًا لِمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلُ الغَائِبِ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ فَصَدَّقَهُ الغَرِيمُ أُمِرَ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ مَا يَقْضِيهِ خَالِصُ مَالِهِ.

ولم تبطل الكفالة بالوكالة.

قوله: فَيَنْعَدِمُ بِانْعِدَامِ لازِمِهِ، أي: ينعدم التوكيل بانعدام لازمته وهو قبول قول الوكيل.

قوله: لِكَوْنِهِ أَمِينًا، حتى ضمن قيمته سواء كان موسرًا أو معسرًا.

قوله: فَلَوْ وَكَّلَهُ الطَّالِبُ - أي: فإن وكل المولى رب الدين - بِقَبْضِ المَالِ عَنِ العَبْدِ كَانَ بَاطِلًا لِمَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: لِأَنَّ الوَكِيلَ مَنْ يَعْمَلُ لِغَيْرِهِ، والمولى عامل لنفسه؛ لأنه يبرئ به نفسه فلا يصلح وكيلًا.

قوله: فَصَدَّقَهُ الغَرِيمُ - أي: المديون - أُمِرَ بِتَسْلِيمِ - المال أي: - الدَّيْنِ.

قوله: لِأَنَّ مَا يَقْضِيهِ خَالِصُ مَالِهِ، أي: لأن ما يقتضيه المديون خالص مال المديون؛ لأن الديون تقضى بأمثالها فكان ما أدّاه المديون مثل مال رب الدين لا عينه، فكان تصديقه إقرارًا على نفسه بأداء المال، ومن أقرّ على نفسه بالمال يجبر على الأداء.

وذكر في «الذخيرة»: وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنًى؛ لأن الديون تُقضى بأمثالها، فما قبضه ربّ الدين من المديون يصير مضمونًا عليه، وله على الغريم مثل ذلك فيلتقيان قصاصًا، وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح، والجوابُ أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض؛ لأنه لا بُدَّ للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكّله بأن يقول: إن فلانًا وكلني بقبض ما لهُ عليك من الدين كما لا بدَّ للرسول في الاستقراض من الإضافة،

إلى المرسل أن يقول: أرسلني فلان يقول لك أقرضني كذا، بخلاف الوكيل بالاستقراض، فإنه يُضيف إلى نفسه فيقول: أقرضني فيصح ما ادَّعينا أن هذا رسالة معنًى، والرسالة بالاستقراض جائزة، ثم هذه المسألة لا تخلو إمَّا أن لا يصدّق الوكيل في وكالته، ومع ذلك دفع الدين، أو صدق رسالته ومع ذلك يريد أن لا يدفع، أو أراد الوكيل استحلاف المديون عند إنكاره الوكالة.

وذكر هذه المسائل في «المبسوط» فقال: وإذا ادَّعى الرجل أن فلاناً وكله بقبض دينه على هذا، فلم يقر الغريم به ودفع المال إليه على الإنكار، ثم أراد أن يستردَّه منه لم يكن له ذلك؛ لأنه دفع إليه على وجه القضاء، فما لم يتبين الأمر بخلافه لا يكون له حق الاسترداد، فإن قاضى الدَّين ينقضي حقه عن المقضى به من كل وجه، ألا ترى لو قضى الطالب بناءً على دعواه لم يسترده ما لم يُبين أنه لا دين له عليه، فكذلك إذا قضاه الوكيل بدعواه الوكالة.

وإذا أقرَّ بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع المال إليه فإن القاضي يقضى بالمال عليه للوكيل لما بيَّنا أن المديون يقضى الدَّين بملك نفسه، فإنما أقر بثبوت حق القبض له في ملكه، وذلك حجة عليه إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول: لا يجبره القاضي على الدفع إليه ولكن يقول له: أنت أعلم إن شئتَ فأعطه وإن شئت فاتركه؛ لأنه لمَّا لم يثبت كونه نائباً عن الطالب في حق القاضي وولاية الإجبار بعد ثبوت كونه نائباً عنه عنده.

ولكنا نقول: قد ثبت ذلك عنده بخبر الوكيل وتصديق المطلوب؛ إذ ليس هاهنا مكذب لهما، وكل خبر عند القاضي محمول على الصدق ما لم يأت معارض له، ولكن إذا حضر الطالب فأنكر الوكالة رجع على الغريم بماله؛ لأن الوكالة لا تثبت في حق الطالب لإنكاره، ولم يحكم ببراءة الغريم في حق الطالب أيضاً؛ لأن حجة الإخبار قاصرة على المطلوب والوكيل وثبوت الحكم بحسب الحجة يستحلف على إيجاد الوكالة وإن أنكر المطلوب الوكالة فقال: الوكيل استحلفه ما وكلني استحلفته على ذلك، فإن حلف برئ وإن نكل عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل؛ لأن نكوله كإقراره ولم يصدق على الطالب حتَّى إذا أنكر الطالب ذلك كان له أن يأخذ ماله من الغريم.

(فَإِنْ حَضَرَ الغَائِبُ فَصَدَّقَهُ وَإِلَّا دَفَعَ إِلَيْهِ الغَرِيمُ الدَّيْنَ ثَانِيًا) لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتِ الِاسْتِيفَاءُ حَيْثُ أَنْكَرَ الوَكَالَةَ، وَالقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فَيَفْسُدُ الأَدَاءُ (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الوَكِيلِ إنْ كَانَ بَاقِيًا فِي يَدِهِ) لِأَنَّ غَرَضَهُ مِنَ الدَّفْعِ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ وَلَمْ تَحْصُلْ فَلَهُ أَنْ

وذكر الخصاف رحمه الله هذا الفصل في كتابه وقال: لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وفي قولهما يحلف على العلم، وجه قولهما ظاهر فإنه ادعى عليه ما لو أقرَّ به لزمه، فإذا أنكره حلفه عليه ولكنه استحلاف على فعل الغير فيكون على العلم، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الاستحلاف ينبي على صحة الدعوى، وما لم يثبت كونه نائباً عن الآمر لا يصح دعواه على المطلوب، فلا يكون له أن يحلفه.

وهذا نظير الاختلاف فيما إذا ادَّعى المشتري عيب الإباق في العبد للحال وجحده البائع، أن عندهما يحلف البائع على العلم وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يحلف؛ لأن الخصومة في العيب لا تكون إلا بعد ثبوته في الحال، وبدون سبب الخصومة لا يستحلف، وإن أقرَّ المطلوب بالوكالة وأنكر الدين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يستحلف المطلوب وعندهما لا يستحلف؛ لأن الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد تثبت الوكالة بإقراره في حقه.

قوله: فَإِنْ حَضَرَ الغَائِبُ فَصَدَّقَهُ - أي: حضر رب الدين فصدق الوكيل كان ما دفع المديون إلى الوكيل قضاء لدينه - **وَإِلَّا دَفَعَ إِلَيْهِ الغَرِيمُ الدَّيْنَ ثَانِيًا**، أي: وإذا لم يصدقه رب الدين وجبَ على المديون دفع الدين إلى رب الدين ثانياً.

قوله: وَالقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ، أي: قول منكر الوكالة وهو رب الدين؛ لأن الدين كان ثابتاً فالمديون يدعي أمرًا عارضاً، وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل، والموكل ينكر الوكالة فكان القول قول المنكر.

قوله: وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الوَكِيلِ، أي: ويرجع المديون.

قوله: فَلَهُ أَنْ يَنْقُضَ قَبْضَهُ، أي: فللمديون أن ينقض قبض الوكيل.

يَنْقُضَ قَبْضَهُ (وَإِنْ كَانَ) ضَاعَ (فِي يَدِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بِتَصْدِيقِهِ اعْتَرَفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي القَبْضِ وَهُوَ مَظْلُومٌ فِي هَذَا الأَخْذِ، وَالمَظْلُومُ لا يَظْلِمُ غَيْرَهُ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَهُ عِنْدَ الدَّفْعِ)؛

قوله: لِأَنَّهُ بِتَصْدِيقِهِ اعْتَرَفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي القَبْضِ، أي: لأن المديون بتصديق الوكيل كان في زعمه أن الوكيل محقٌّ في قبض الدين، وإنكار رب الدين وكالته ظلم منه، وكذلك طلب الدين ثانياً من المديون ظلم أيضاً، فكانا، أي: الوكيل والمديون مظلومين في زعم المديون.

وقوله: وَهُوَ - أي: المديون - مَظْلُومٌ فِي هَذَا الأَخْذِ - وهو أخذ رب الدين الدين من المديون ثانياً - وَالمَظْلُومُ لا يَظْلِمُ غَيْرَهُ، أي: المديون لا يأخذ من الوكيل بعد هلاك ما دفعه إليه؛ لأن الوكيل في زعم المديون محق في قبضه الدين عنه، وأخذ المديون مثل الدين الذي دفعه إليه بعدما هلك المدفوع ظلم من المديون.

وفي «المبسوط»: فإن صدقه في الوكالة ولم يضمنه لم يرجع به عليه؛ لأنَّهما تصادقا على أنه في المقبوض أمينٌ، وأن الطالب في قبضه من الغريم ثانياً ظالم، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره.

وذكر في «الإيضاح»: ولو كان له على رجل دين فجاء إنسان وادعى أنه وكيل الطالب وقبض، ثم أنكر الطالب أن يكون وكله بذلك فهذا على ثلاثة أوجه:

إما أن يصدقه أو يكذبه، أو لا يصدق ولا يكذب، أو يصدق ويضمن، أي: ويقول له: اضمن لي ما تقبضه لو أنكر الطالب، فإن صدقة في الوكالة ولم يضمنه لم يكن له أن يضمن الوكيل؛ لأن في زعمه أن الوكيل قبض بحق، وأن الطالب ظالم فليس له أن يظلم غيره، وإن كذَّبه ودفعه إليه على تكذيب كان له أن يضمن الوكيل؛ لأنه في زعمه أنه قبض بغير حق وأن القبض وقع من جهة يقتضي ضماناً فكان مضموناً، وكذلك إن لم يصدق ولم يكذب؛ لأن الأصل عدم التصديق، وكذلك إن صدقه وضمنه.

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَهُ عِنْدَ الدَّفْعِ، هذا اللفظ مرويٌّ بالتشديد والتخفيف، ففي

لِأَنَّ المَأْخُوذَ ثَانِيًا مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي زَعْمِهِمَا، وَهَذِهِ كَفَالَةٌ أُضِيفَتْ إِلَى حَالَةِ القَبْضِ فَتَصِحُّ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَى فُلَانٍ، وَلَوْ كَانَ الغَرِيمُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الوِكَالَةِ

التشديد كان الضمير المستكن في: ضَمَّنَهُ، مسندًا إلى المديون والضمير البارز راجعا إلى الوكيل، وفي التخفيف على العكس، فإن معنى التشديد هو أن يجعل المديون الوكيل ضامناً عند دفع المال إلى الوكيل ويقول له: اضمن لي ما دفعت إليك من الطالب، حتى لو أخذ الطالب منِّي ماله أنا آخذ منك ما دفعته.

ولفظ «المبسوط» يدل على هذا وقال: وإن صدقه وضمنه وقال: أنت وكيل ولكني لا آمن أن يجحد الطالب إذا حضر فاضمن لي ما يقبضه الطالب منِّي، وهذا ضمان صحيح؛ لأنه مضاف إلى سبب الوجوب، فإن الطالب في حقِّهما غاصب فيما يقبضه ثانياً، فكأنَّه قال: أنا ضامن لك ما يقبضه فلان منك، وهذا إضافة للضمان إلى سبب الوجوب فكان صحيحاً، ومعنى التخفيف هو أن يقول الوكيل للمديون: لو رجعَ عليك رب الدين ثانياً بذلك المال فأنا ضامن لك به وهو صحيح.

قوله: لِأَنَّ المَأْخُوذَ ثَانِيًا مَضْمُونٌ عَلَيْهِ - أي: على رب الدين - فِي زَعْمِهِمَا - أي: في زعم المديون والوكيل - وَهَذِهِ كَفَالَةٌ أُضِيفَتْ إِلَى حَالَةِ القَبْضِ - أي: قبض رب الدين ثانياً - فَتَصِحُّ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَى فُلَانٍ، أي: بما سيجب له على فلان، وهذا ماض أريد به المستقبل، وقد مرَّ تقريره، فوجه المشابهة بين المسألتين هو أن الكفالة في **قوله**: بِمَا ذَابَ، كفالةٌ أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه، وهاهنا أيضاً كفالة الوكيل للمديون عن رب الدين كفالةٌ أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل على رب الدين وهو المكفول عنه؛ لأن قبض الدين وإن كان بجهة استيفاء الدين فهو مضمون على القابض؛ لما عُرف أن آخر الدَّينين يكون قضاء عن الأول، وكانت كفالة الوكيل مضافة إلى حالة الوجوب التي هي حالة قبض رب الدين دينه عن المديون فيصح.

قوله: وَلَوْ كَانَ الغَرِيمُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الوِكَالَةِ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ، أي: ولم يكذبه أيضاً بل

وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى ادِّعَائِهِ، فَإِنْ رَجَعَ صَاحِبُ المَالِ عَلَى الغَرِيمِ رَجَعَ الغَرِيمُ عَلَى الوَكِيلِ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الوِكَالَةِ، وَإِنَّمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى رَجَاءِ الإِجَازَةِ، فَإِذَا انْقَطَعَ رَجَاؤُهُ رَجَعَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى تَكْذِيبِهِ إِيَّاهُ فِي الوِكَالَةِ. وَهَذَا أَظْهَرُ لِمَا قُلْنَا، وَفِي الوُجُوهِ كُلِّهَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ المَدْفُوعَ حَتَّى يَحْضُرَ الغَائِبُ؛ لِأَنَّ المُؤَدَّى

كان ساكتـاً؛ لأن فرع التكذيب يجيء بعد هذا **بقوله**: وَكَذَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى تَكْذِيبِهِ إِيَّاهُ فِي الوِكَالَةِ، وحاصل هذا أنَّ الذي دفعه إلى الوكيل لو كان قائمـاً في يده كما كان، يسترده المديون عند إنكار الموكل الوكالة في الوجوه كلها، ولو هلك المال في يد الوكيل يضمنه في الوجوه الثَّلاثة:

أحدها: فيما إذا دفعه بالتصديق مع التضمين.

والثاني: فيما إذا دفعه مع أنه لم يصدقه ولم يكذبه، بل كان ساكتـاً.

والثالث: فيما إذا دفعه مع أنه كذبه، ثمَّ إنَّما يضمنه فيما كان ساكتـاً؛ لأنه دفع المال بزعمه، وزعمه أن يستفيد المديون البراءة بما يدفعه إليه فيتقيَّد رضاه به.

وأمَّا إذا دفعه مع أنه كذبه في الوكالة؛ لأن الوكيل قبض من المديون المال بشرط أن يستفيد المديون البراءة عمَّا في ذمته، فإذا لم يستفد هذا لم يكن المديون راضيـاً بقبضه، بل هو في حقه كالغاصب فكان له أن يضمنه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا أَظْهَرُ، أي: في حقِّ جواز رجوع المديون على الوكيل بالنسبة إلى الصورتين الأوليين؛ لأن في هذه الصورة دفعه مع التكذيب، فلمَّا رجع عليه في الصورتين الأوليين مع أنه لم يكذبه فيهما فلأَن يرجع عليه في هذه الصورة؛ لأنه كذبه فيما أخذ بالطريق الأَوْلَى؛ لأن الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب على ما ذكرنا من رواية «المبسوط»، فللمغصوب منه الرجوع على الغاصب.

وقوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى **قوله**: وَإِنَّمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى رَجَاءِ الإِجَازَةِ.

قوله: وَفِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، يعني الوجوة الأربعة المذكورة وهي: (١) دفعه مع التصديق

صَارَ حَقًّا لِلْغَائِبِ، إِمَّا ظَاهِرًا أَوْ مُحْتَمَلًا فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَى فُضُولِيٍّ عَلَى رَجَاءِ الإِجَازَةِ لَمْ يَمْلِكْ الِاسْتِرْدَادَ لِاحْتِمَالِ الإِجَازَةِ، وَلِأَنَّ مَنْ بَاشَرَ التَّصَرُّفَ لِغَرَضٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَهُ مَا لَمْ يَقَعْ اليَأْسُ عَنْ غَرَضِهِ.

(وَمَنْ قَالَ إِنِّي وَكِيلٌ بِقَبْضِ الوَدِيعَةِ فَصَدَّقَهُ المُودِعُ) لَمْ يُؤْمَرْ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمَالِ الغَيْرِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ. وَلَوِ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَ الوَدِيعَةَ مِيرَاثًا لَهُ

من غير تضمين (٢) ودفعه بالتصديق مع التضمين (٣) ودفعه ساكتًا من غير تكذيب ولا تصديق (٤) ودفعه مع التكذيب.

قوله: إِمَّا ظَاهِرًا - أي: في حالة التصادق - أَوْ مُحْتَمَلًا، أي: في حالة التكاذب، أو إذا كان الوكيل ظاهر العدالة كان صادقًا في قوله، وإن كان فاسقًا أو مستور الحال، كان قوله محتملًا لصدق.

قوله: وَلِأَنَّ مَنْ بَاشَرَ التَّصَرُّفَ لِغَرَضٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَهُ؛ لأن سعي الإنسان في نقص ما تمَّ من جهته مردودٌ، كما إذا كان الشفيع وكيل المشتري ليس له الشفعة؛ لأنه لو كان له الشفعة كان سعيًا في نقض ما تمَّ من جهته وهو البيع؛ لأن البيع تمَّ من جهة الشفيع.

قوله: لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمَالِ الغَيْرِ - فلمَّا أقرَّ ببقاء الوديعة على ملك المودع لم يصح إقراره لغيره بحق القبض - بِخِلَافِ الدَّيْنِ، حيث يؤمر بالدفع إلى الوكيل الذي صدقه في وكالته؛ لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فكان إقرار المديون إقرارًا على نفسه بحق المطالبة والقبض، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

ثمَّ تلك الوجوه الأربعة التي ذكرها في الوكيل بقبض الدين واردات في الوكيل بقبض الوديعة أيضًا، فقال في «المبسوط»: وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة: ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن ماله المستودع، رجع المستودع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، وإن قال هلك منِّي أو دفعته إلى الموكل فهو على التفصيل

وَلا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ، وَصَدَّقَهُ المُودَعُ أُمِرَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ لا يَبْقَى مَالُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَقَدِ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ مَالُ الوَارِثِ. وَلَوِ ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَى الوَدِيعَةَ مِنْ صَاحِبِهَا فَصَدَّقَهُ المُودَعُ لَمْ يُؤْمَرْ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ مَا دَامَ حَيًّا كَانَ إِقْرَارًا بِمِلْكِ الغَيْرِ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ فَلَا يُصَدَّقَانِ فِي دَعْوَى البَيْعِ عَلَيْهِ.

قَالَ: (فَإِنْ وَكَّلَ وَكِيلًا يَقْبِضُ مَالَهُ فَادَّعَى الغَرِيمُ أَنَّ صَاحِبَ المَالِ قَدِ اسْتَوْفَاهُ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ المَالَ إِلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الوَكَالَةَ قَدْ ثَبَتَتْ وَالِاسْتِيفَاءُ لَمْ يَثْبُتْ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ

الذي قلنا، إن صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء، وإن كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه، أو صدقه وضمنه كان له أن يضمنه؛ لما قلنا.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» في فصل الوديعة: إذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم أراد الاسترداد هل له ذلك؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين رحمه الله في شرح «الجامع الصغير» أنه لا يملك الاسترداد؛ لأنه ساع في نقض ما أوجبه، وقال أيضاً: وإذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن؟ قيل: لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن؛ لأن المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع، والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله.

قوله: لا يَبْقَى مَالَهُ - بالنصب هكذا كان معرباً بإعراب شيخي رحمه الله، أي: لا يبقى مال الوديعة مال المودع - **بَعْدَ مَوْتِهِ**، أي: منسوباً إليه ومملوكاً له، فكان انتصابه على تأويل الحال كما في كلمته فاه إلى في، أي مشافهاً.

قوله: مَا دَامَ حَيًّا، أي: مادام المودع حيًّا.

قوله: لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ - أي: لأن المودع من أهل الملك - **فَلَا يُصَدَّقَانِ** - أي: مدعي الشراء والمودع المصدق لشراه - **عَلَيْهِ**، أي: على المودع.

قوله: فَإِنَّهُ يَدْفَعُ المَالَ إِلَيْهِ - أي: يدفع الغريم الدين إلى الوكيل بقبض الدين - **لِأَنَّ**

فَلَا يُؤَخَّرُ الحَقُّ.

قَالَ: (وَيَتْبَعُ رَبُّ المَالِ فَيَسْتَحْلِفُهُ) رِعَايَةً لِجَانِبِهِ، وَلَا يَسْتَحْلِفُ الوَكِيلَ لِأَنَّهُ نَائِبٌ.

الوَكَالَةَ قَدْ ثَبَتَتْ، وكذلك الوكيل يطلب الشفعة إذا ادعى المشتري أن الشفيع سلم وأراد يمينه يُؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل ويقال له: اتبع الشفيع وخلفه؛ لأن الوكالة قد تثبت.

فإن قيل: لا نسلم أن الوكالة قد تثبت فبأي دليل يعلم ثبوت الوكالة؟ ولو قيل: بسبب ادعاء المديون أَنَّ صَاحِبَ المَالِ قَدِ اسْتَوْفَاهُ فذلك لا يصلح دليلًا على صحة ثبوت الوكالة، بل هو دليل على عدم صحة الوكالة؛ لأن الدين إذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء به باطلًا لا محالة، فكيف تثبت الوكالة بِهذه الدعوى؟

قلنا: لمَّا ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفًا لأصل الحق، ألا ترى أن قول المدعى عليه قد قضيتُكها إقرارٌ بالدين عند دعوى المدعي ذلك، فلما ثبتَ الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالإيفاء، كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء، فكذا عند دعوى وكيله؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل.

قوله: وَيَتْبَعُ رَبُّ المَالِ، أي: يتبع المديون رب الدين.

قوله: رِعَايَةً لِجَانِبِهِ - أي: لجانب الغريم وهو المديون - وَلَا يَسْتَحْلِفُ الوَكِيلَ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ، والنيابة لا تجري في الأيمان.

وذكر في «الإيضاح»: ولو أراد المطلوب أن يحلف الوكيل ما لم يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يحلفه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال زفر رحمه الله: احلفه على العلم، فإن أبى أن يحلف خرج عن الوكالة وكان الطالب على حجته؛ لأن الوكيل لو أقرَّ بذلك بطلت وكالته، فجاز أن يحلف عليه.

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان: بأنه يدعي حقًّا على الموكل لا على الوكيل، فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة، والنيابة بالأيمان لا تجري، وهذا بخلاف

قَالَ: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِعَيْبٍ فِي جَارِيَةٍ فَادَّعَى البَائِعُ رِضَا المُشْتَرِي لَمْ يَرُدَّ عَلَيْهِ حَتَّى يَحْلِفَ المُشْتَرِي) بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الدَّيْنِ لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمْكِنٌ هُنَالِكَ بِاسْتِرْدَادِ مَا قَبَضَهُ الوَكِيلُ إِذَا ظَهَرَ الخَطأُ عِنْدَ نُكُولِهِ، وَهَاهُنَا غَيْرُ مُمْكِنٍ؛

الوارث حيث يحلف على العلم، يعني ما يعلم أن المورث قد استوفى الدين؛ لأن الحق ثبت للوارث فكان مدعياً عليه بطلان حقه بفعل وجد من المورث، فكان الحلف بطريق الإصالة دون النيابة، إلا أنه يستحلف على العلم، وفي مسألتنا الوكيل نائبٌ وليس بأصيل، والنيابة لا تجري في اليمين.

قوله: وَإِنْ وَكَّلَهُ بِعَيْبٍ فِي جَارِيَةٍ، أي: وكله برد الجارية بسبب العيب.

قوله: بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الدَّيْنِ - أي: يؤمر المديون بدفع الدين إلى الوكيل بدون تحليف الوكيل - لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمْكِنٌ هُنَالِكَ، أي: في مسألة الدين، وذكر الفرق في «المبسوط» بين مسألة الدين ومسألة العيب من وجهين:

أحدهما: أن في الدين حق الطالب ثابت بيقين؛ إذ ليس في دعوى الاستيفاء والإبراء ما ينافي ثبوت أصل حقه، لكنه يدعي الإسقاط بعد تقرر السبب الموجب، فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط، فأمَّا في العيب إن علم المشتري بالعيب وقت العقد فيمتنع ثبوت حقه في الرد أصلًا، فالبائع ليس يدعي مسقطاً بل يزعم أن حقه في الرد لم ينبت أصلًا، فلا بدَّ من أن يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه.

والثاني: أن الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد، والعقد إذا انفسخ لا يعود، فلو أثبتنا له حق الرد تضرَّر به الخصم في انفساخ عقده عليه، فأمَّا قضاء الدين فليس فيه فسخ عقد، وإذا حضر الموكِّل فأبى أن يحلف يتوصل المطلوب إلى قضاء حقه، فلهذا أمر بقضاء الدين.

قوله: وَهَاهُنَا غَيْرُ مُمْكِنٍ، أي: التدارك غير ممكن في مسألة رد الجارية بالعيب؛ لأنه لا يتمكن من إعادة البيع بعدما قضى القاضي بالفسخ؛ لأن قضاء القاضي في العقود ينفذ ظاهرًا وباطناً، وإن ظهر بُطلان الحجة، ألا ترى أن عند محمد رحمه الله إذا لم ينفذ قضاء القاضي

لِأَنَّ القَضَاءَ بِالفَسْخِ مَاضٍ عَلَى الصِّحَّةِ وَإِنْ ظَهَرَ الخَطَأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

باطناً في العقود والفسوخ كانت المسألة الثانية والأولى سواءً، أي: يرد القاضي فيهما جميعاً، وعند أبي يوسف رحمه الله لو كان المشتري حاضرًا وأراد أن يرد بالعيب لا يرده القاضي ما لم يستحلف المشتري بالله ما رضيتُ بهذا العيب، وإن كان البائع لم يدع، وإذا كان المشتري غائباً ومن مذهبه أنه لا يرد إلا بعد اليمين لا يرد حتى يحضر المشتري ويحلف صيانةً للقضاء عن البطلان، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: لِأَنَّ القَضَاءَ بِالفَسْخِ مَاضٍ عَلَى الصِّحَّةِ وَإِنْ ظَهَرَ الخَطَأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، فإن القضاء بالردِّ ينفذ ظاهرًا وباطناً عند أبي حنيفة رحمه الله، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: فإن لم يكن للبائع بيّنة على رضا الآمر بالعيب، وردَّ الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الآمر وادعى الرضا، وأراد أخذ الجارية فأبى البائع أن يدفعها وقال: قد نقض القاضي البيعَ فلا سبيل لك عليها، فإن القاضي لا يلتفت إلى قول البائع ويرد الجارية على الآمر؛ لأن البائع مع الآمر تصادقا على أن الجارية ملك للآمر؛ لأن البائع أدعى رضاء الآمر بالعيب ولزوم الجارية إيَّاه، وصدقه الآمر بذلك فاستند التصديق إلى وقت الإقرار، ويجب هذا التصادق أن القاضي أخطأ في قضائه بالرد، وأن قضاءه بالرد نفذ ظاهرًا لا باطناً، فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر في الباطن فكان للآمر أن يأخذه.

بعض مشائخنا قالوا: هذا على قول محمد رحمه الله، فأمَّا على قول أبى حنيفة رحمه الله لا سبيل للآمر على الجارية، و بعضهم قالوا: هذا قول الكل، وهو الأصح، ووجهه أن نقض القاضي هاهُنا البيع لم يكن بناءً على دليل موجب للنقض، وإنَّما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضاء الآمر بالعيب، ثمَّ ظهر الدليل بخلافه، وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطناً، كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمَّة نصٌّ بخلافه، ذكر هذه المسألة في «المبسوط» في الباب الأول من كتاب الوكالة، وفي أنواع الفصل التاسع من كتاب الوكالة من «الذخيرة»، وفي آخر باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب البيوع من «شرح الجامع الصغير».

اللهُ - كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، وَلا يَسْتَحْلِفُ الْمُشْتَرِيَ عِنْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لا يُفِيدُ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا قَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَتَّحِدَ الجَوَابُ عَلَى هَذَا فِي الفَصْلَيْنِ وَلا يُؤَخِّرُ، لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمْكِنٌ عِنْدَهُمَا لِبُطْلَانِ القَضَاءِ. وَقِيلَ الأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنْ يُؤَخِّرَ فِي الفَصْلَيْنِ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ النَّظَرَ حَتَّى يَسْتَحْلِفَ الْمُشْتَرِيَ لَوْ كَانَ حَاضِرًا مِنْ غَيْرِ دَعْوَى البَائِعِ فَيَنْتَظِرُ لِلنَّظَرِ.

وقوله: لِأَنَّ القَضَاءَ بِالفَسْخِ مَاضٍ عَلَى الصِّحَّةِ وَإِنْ ظَهَرَ الخَطَأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قيل: هذا من فروع ما ذكر من قول أبي حنيفة رحمه الله أنَّ قضاء القاضي بشهادة الزور ينفذ ظاهرًا وباطنـًا في العقود والفسوخ، وهاهنا أيضـًا لمَّا قضى القاضي بالفسخ نفذ الفسخ ظاهرًا وباطنـًا عنده، وإن ظهر خطأه عند نكول المشتري عن الحلف بأنه ما رضي بعيب الجارية فلا يفيد استحلاف المشتري فائدته، فلذلك لا يستحلف هو عند أبي حنيفة.

قوله: وَأَمَّا عِنْدَهُمَا قَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَتَّحِدَ الجَوَابُ ... فِي الفَصْلَيْنِ، أي: في فصل الوكيل بقبض الدين، وفي فصل الوكيل بردِّ الجارية، أي: كما يدفع الدين إلى الوكيل بدون التأخير إلى تحليف رب الدين، فإنه لم يستوف كذلك برد الجارية على البائع بدون تحليف المشتري بأنه لم يرض بعيب الجارية؛ وذلك لأن معنى عدم تأخير دفع الدَّين إلى تحليف رب الدين كما هو احتمال التدارك عند ظهور الخطأ، واحتمال التدارك في قضاء القاضي برد الجارية على البائع بالعيب عند ظهور خطأ قضاء القاضي موجود عندهما؛ لأن قضاء القاضي عندهما في مثل هذا، وهو فيما إذا ظهر خطأ قضاء القاضي إنَّما ينفذ ظاهرًا لا باطنـًا، كما إذا ظهر أن قضاءه كان بشهادة الزور، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري عن الحلف بأنه لم يرض كانت الجارية مردودةً على المشتري بعد كونها مردودة على البائع بالعيب؛ لبطلان القضاء باطنًا عندهما، فلذلك لا يؤخر قضاء القاضي برد الجارية على البائع إلى تحليف المشتري.

قوله: لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ النَّظَرَ - أي: النظر للبائع - حَتَّى يَسْتَحْلِفَ الْمُشْتَرِيَ، أي: القاضي.

قوله: فَيَنْتَظِرُ لِلنَّظَرِ، أي: للبائع، فعلى هذا ينبغي أن ينظر في الدين نظرًا للغريم.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ يُنْفِقُهَا عَلَى أَهْلِهِ فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمْ عَشَرَةً مِنْ عِنْدِهِ فَالعَشَرَةُ بِالعَشَرَةِ) لِأَنَّ الوَكِيلَ بِالإِنْفَاقِ وَكِيلٌ بِالشِّرَاءِ وَالحُكْمُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فَهَذَا كَذَلِكَ.

قوله: فَالعَشَرَةُ بِالعَشَرَةِ، أي: فالعشرة التي أنفقها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل، أي: لا يكون الوكيل متبرعـًا فيما أنفق، بل ما أخذه من الموكل يكون ملكـًا للوكيل، وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله: هذا إذا كانت عشرة الدافع قائمة عند وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد إليها، أو كان مطلقـًا لكن كان ينوي تلك العشرة، أمَّا إذا كانت عشرة الدافع مستهلكةً، أو كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد إليها يصير مشتريـًا لنفسه ويكون متبرعـًا بالإنفاق؛ لأن الدراهم تتعين في الوكالة، وكذا لو أضاف العقد إلى غيرها.

قوله: لِأَنَّ الوَكِيلَ بِالإِنْفَاقِ وَكِيلٌ بِالشِّرَاءِ وَالحُكْمُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، أي: الحكم في الوكيل بالشراء، وهو أن يشتري الوكيل ما وكل به بمال نفسه ثم يرجع به على الموكل.

قوله: وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ، أي: في باب الوكالة بالبيع والشراء في قوله: وَإِذَا دَفَعَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ وَقَبَضَ المَبِيعَ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى المُوَكِّلِ، وإنما قلنا أن التوكيل بالشراء تجويز للاستبدال؛ لأن الوكيل بشراء ما يحتاج إليه الأهل قد يضطر إلى شيء يصلح لنفقتهم، ولم يكف مال الموكل معه في تلك الحالة لإنفاق وجود ذلك الشيء في تلك الحالة، أو يطالبه الأهل بذلك المال في زمان لا يكون مال الموكل معه، فيحتاج إلى أن يؤدي ذلك من مال نفسه، وذكر مسألة التوكيل بقضاء الدين إذا قضى الدين من مال نفسه في وكالة «المبسوط» في باب الوكالة في الدين، وذكر فيها القياس والاستحسان.

ففي القياس يكون مُتَبَرِّعـًا؛ لأن أمره بالدفع كان مقيدًا بالمال المدفوع إليه، ففي دفع مال آخر هو كأجنبي آخر فيكون متبرعـًا في القضاء من مال نفسه دين الغريم ويرد على المطلوب ماله؛ لأن ملكه دفعه إليه لمقصوده، وقد استغنى عنه.

وَقِيلَ هَذَا اسْتِحْسَانٌ وَفِي القِيَاسِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَيَصِيرُ مُتَبَرِّعًا. وَقِيلَ القِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشِرَاءٍ،

وجه الاستحسان أن مقصود الآمر تحصيل البراءة لنفسه، ولا فرق في هذا المقصود بين الألف المدفوع إلى الوكيل وبين مثلها من مال الموكل، والتقييد إذا لم يكن مفيدًا لا يعتبر، ثم الوكيل قد يبتلى بهذا بأن يجد الطالب في موضع وليس معه مال المطلوب فيحتاج إلى أن يدفع مثله من مال نفسه، ليرجع به في المدفوع إليه، فكان هذا توكيلًا بالمبادلة من وجه، وهذا القدر يصح من الوكيل بالمبادلة، ولا يكون هو متبرعـًا فيما يدفع.

قوله: وَقِيلَ هَذَا اسْتِحْسَانٌ، وإنما ذكر **بقوله:** وَقِيلَ، احترازًا عن القول الثاني وهو **قوله:** وَقِيلَ القِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ.

قوله: وَفِي القِيَاسِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، أي: ليس للوكيل انفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل، بل إذا أنفق عشرة نفسه كان متبرعـًا فيما أنفق، ويرد الدراهم المأخوذة على الموكل، وإن استهلكها ضمن وجه القياس أن الدراهم تتعين في الوكالة، حتى لو هلكت الدراهم قبل الإنفاق تبطل الوكالة، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعـًا، كمن وكل رجلًا ليشتري له عبدًا بألف درهم ودفعها إليه، فاشترى عبدًا بألف درهم من مال نفسه يكون مشتريـًا لنفسه.

وقد ذكر وجه الاستحسان **بقوله:** لِأَنَّ الوَكِيلَ بِالإِنْفَاقِ وَكِيلٌ بِالشِّرَاءِ.

قوله: وَقِيلَ القِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ، وهو أن يدفع المديون إلى رجل ألف درهم وقال: ادفعها إلى فلان قضاءً عنِّي، فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاءً عنه في القياس يكون متبرعـًا، حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف التي دفعت إليه لا يكون له ذلك، وفي الاستحسان له ذلك ولا يكون متبرعـًا.

وقوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشِرَاءٍ، فلمَّا لم يكن قضاء الدين شراءً لم يكن الآمر راضيـًا بثبوت الدين في ذمته للوكيل، فلو لم نجعله متبرعـًا لألزمناه دينـًا لم يرض به، فجعلناه متبرعـًا قياسـًا.

فَأَمَّا الإِنْفَاقُ يَتَضَمَّنُ الشِّرَاءَ فَلَا يَدْخُلَانِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

وأمّا في مسألة الإنفاق رضي الآمر بثبوت الدين في ذمته للوكيل؛ لأنه أمره بالإنفاق، والأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام، والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم، إنما يتعلق بمثلها في الذمة، ثمَّ يثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضياً بثبوت الدين، فلم يجعل متبرعاً قياساً أيضاً.

وأمّا ما ذكره في وجه القياس أن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت بعد القبض بطلت الوكالة، قلنا: تتعين هي في حق الوكالة، و لا تتعين في حق القضاء، حتى أن المطلوب أن يدفع إلى الطالب دراهم غير ما دفعها إلى الوكيل، والقضاء لا يبطل بِهلاكها، وباعتبار الوكالة إن صار متبَرِّعاً فباعتبار جانب القضاء لم يصير متبرعاً؛ لأنها لا تتعين في حق القضاء فلا يجعل متبَرِّعاً حالة الشك، بل يترجح جانب القضاء صيانةً لملكه عن الزوال بغير بدل، كمن دفع إلى غيره ألف درهم ليتصرف فيها، فإنه يجعل قرضاً ولا يجعل هبة، وإن احتمل الدفع لهذين الأمرين جميعاً صيانةً لملكه عن الزوال بغير بدل، وكذا لو أعطى غيره مالاً وقال: حج به، أو أغز به في سبيل الله، أو أنفقه على نفسك وعيالك، كان قرضاً حتى لو اختلفا فقال المعطي: نويتُ القرض، وقال المعطى له: أعطيتني صلةً في سبيل الله، فالقول قول المعطي.

وكذلك لو زوج الرجل ابنته وسلمها مع الجهاز إلى الزوج ثم ماتت البنت فقال الزوج: كان المال صلة لها ولي منه الميراث، وقال الأب: لا بل كنت أعرتُها، فالقول قول الأب في أن الجهاز كان تبرعاً، فالقول قول الأب ويحمل على التبرع بطريق العارية صيانةً لملكه عن الزوال بغير بدل، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصغير»، وأحال المسألة الأخيرة إلى آخر «شرح السير الكبير» المنسوب إلى الإمام شمس الأئمَّة السرخسي.

قوله: فَلَا يَدْخُلَانِهِ، أي: فلا يدخل القياس والاستحسان فيما ذكرنا من مسألة الإنفاق، بل كان فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في أنَّ الوكيل لا يكون متبرعاً بالإنفاق من مال نفسه، والله تعالى أعلم بالصواب.

(بَابُ عَزْلِ الوَكِيلِ)

قَالَ: (وَلِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَ الوَكِيلَ عَنِ الوَكَالَةِ) لِأَنَّ الوَكَالَةَ حَقُّهُ فَلَهُ أَنْ يُبْطِلَهُ،

بابُ عزل الوكيل

أخَّر باب العزل؛ إذ العزل يقتضي سبق الإثبات.

قوله: يُطْلَبُ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ، أي: بالتماس من جهة المدَّعي، قيَّد بِهذين القيدين؛ لأنه لو وكَّل المدعى عليه لا يطلب المدعي بملك المدعى عليه عزله، وكذلك إن كان الوكيل من جانب الطالب يملك الطالب عزله سواءٌ كان ذلك بطلب المدعى عليه أو لم يكن بطلبه، ولكن عدم صحة العزل إذا كان بطلب من جهة الطالب فيما إذا كان العزل عند غيبة الطالب، وأمَّا إذا كان عزله عند حضرة الطالب فيصحُّ عزله سواء رضي به الطالب أو لم يرض، وهذه القيود مستفادة ممَّا ذكر في «الذخيرة»؛ لأنه ذكر في «الذخيرة»:

وإذا عزل الوكيل عند غيبة الخصم فهو على وجهين:

الأول: أن يكون الوكيل وكيلَ الطالب، وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان المطلوب غائباً؛ لأن الطالب بالعزل يبطل حق نفسه؛ لأن خصومة الوكيل حق الطالب وإبطال الإنسان حق نفسه صحيح من غير أن يتوقف على حضرة غيره.

والوجه الثانِي: أن يكون الوكيل وكيل المطلوب، وأنه على وجهين أيضاً:

الأول: أن يكون التوكيل من غير التماس أحد، وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان الطالب غائباً.

والوجه الثانِي: إذا كان التوكيل بالتماس أحد إمَّا الطالب أو القاضي، وفي هذا الوجه إن

إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغَيْرِ بِأَنْ كَانَ وَكِيلًا بِالخُصُومَةِ يُطْلَبُ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ؛

كان الوكيل غائباً وقتَ التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صحَّ عزله على كل حال؛ لأن هذه الوكالة غير نافذة؛ لأنه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل، فكان العزل رجوعـاً وامتناعـاً، وإن كان الوكيل حاضرًا وقت التوكيل، أو كان غائباً ولكن قد علم بالوكالة ولم يردها، فإن كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب، ويصح حال حضرته رضي به الطالب أو سخط؛ لأن بالتوكيل يثبتُ نوع حقٍّ للطالب قبل الوكيل، وهو حق أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه، وبالعزل حال غيبة الطالب لو صحَّ العزل يبطل هذا الحق أصلًا، وأمَّا إذا كان الطالب حاضرًا فحقه لا يبطل أصلًا؛ لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب، ويمكنه أن يطلب من المطلوب أن ينصب آخر.

وذكر في الباب الأول من وكالة «المبسوط» بعدما ذكر أن الوكيل في الخصومة لا يكون للموكل أن يخرجه من الوكالة إلا بمحضر من الخصم؛ لأنه تعلق بهذه الوكالة حق الخصم، فإنه إنما خلى سبيله اعتمادًا على أنه يتمكن من إثبات حقه على الوكيل متى شاء، فلو جوَّزنا عزله بدون محضر من الخصم تضرَّر به الخصم بأن يعزل الموكل وكيله ويخفى شخصه، فلا يتوصل الخصم إلى إثبات حقه، فلمراعاة حق الخصم لا يتمكن من عزل الوكيل فقال: وعلى هذا قال مشائخنا إذا وكل الزوج وكيلًا بطلاق امرأته بالتماسها ثم سافر لا يملك عزل الوكيل إلا بمحضر منها، والأصح أنه يملك هناك؛ لأنه لا حق للمرأة في سؤال الطلاق والتوكيل عند سفر الزوج، وهاهنا للخصم حق في أن يمنع خصمه من أن يسافر وأن يلازمه ليثبت حقه عليه، وإنما ترك ذلك لتوكيله، وعلى هذا قال بعض مشائخنا: إذا قال الزوج للوكيل بالطلاق: كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله؛ لأنه كلما يعزله تتجدد وكالته فإن تعليق الوكالة بالشرط صحيح.

والأصح عندي أنه يملك عزله بأن يقول: عزلتك عن جميع الوكالات، فينصرف ذلك إلى المعلق والمنفذ؛ لأنا لو لم نجوز ذلك أدى إلى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من لوازم العقود، وذلك باطل.

لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ، وَصَارَ كَالوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنَهَا عَقْدُ الرَّهْنِ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ العَزْلُ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ حَتَّى يَعْلَمَ)؛

قوله: وَصَارَ كَالوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنَهَا عَقْدُ الرَّهْنِ، صورتها إذا وضع الرهن على يديِ عدل، وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع، ثم إذا أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك؛ لأن البيع صار حقًّا للمرتهن، وبالعزل يبطل هذا الحق على المرتهن، وكذا إذا تعلق حقُّ الوكيل بعين من أعيان الموكل لا يملك إخراجه عن الوكالة، نحو إذا أمره أن يبيع ويستوفي الدين من ثمنه، كذا في «الذخيرة».

فإن قلتَ: من أين وقع الفرق بين الوكيل في الخصومة بطلب من جهة الطالب، وبين الوكيل الذي ثبتت وكالته في ضمن عقد الرهن، حيث يملك الموكل عزل الوكيل حالَ حضرة الخصم وإن لم يرض به الخصم على ما ذكرت، ولا يملك عزل الوكيل الذي ثبتت وكالته في ضمن الرهن حال حضرة المرتهن إذا لم يرضَ المرتهن به، مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل فيهما، ومع وجود هذه المفارقة كيف شبَّه هذا به؟

قلتُ: الفرق بينهما من حيث أن يعزل لو صحَّ فيما نحن فيه حال حضرة المدَّعي وهو الطالب لا يبطل حق الطالب أصلًا؛ لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب، وأمَّا في مسألة الرهن لو صحَّ العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه في البيع أصلًا؛ لأنه لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع، وأمَّا وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل، وبطلان حق ذلك الغير عند صحَّة العزل في غيبته، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ العَزْلُ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: ينعزل؛ لأن نفوذ الوكالة لحق الموكل فهو بالعزل يسقط حق نفسه ويتفرد المرء بإسقاط حق نفسه، ألا ترى أنه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما فيكون ذلك صحيحاً.

والثاني: أن الوكالة للموكل لا عليه، ولهذا لا يكون ملزماً إيَّاه فلو لم ينفرد بالعزل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه، وذلك لا يجوز، ولكنا نقول: العزل خطاب ملزم

لِأَنَّ فِي العَزْلِ إِضْرَارًا بِهِ مِنْ حَيْثُ إِبْطَالِ وِلَايَتِهِ، أَوْ مِنْ حَيْثُ رُجُوعُ الحُقُوقِ إِلَيْهِ، فَيَنْقُدُ مِنْ مَالِ المُوَكِّلِ وَيُسَلِّمُ المَبِيعَ فَيَضْمَنُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، وَيَسْتَوِي الوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرُهُ لِلْوَجْهِ الأَوَّلِ،

للوكيل بأن يمتنع من التصرف، وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع، فإن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه إلى الكعبة، وجوز لهم رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم حين لم يعلموا به، وكذلك كثير من الصحابة رضي الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓاْ﴾ [المائدة: ٩٣]؛ وهذا لأن الخطاب مقصود للعمل به، ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به، ولو أثبتنا العزل في حق الوكيل قبل علمه أدي إلى الإضرار به، وهذا بخلاف ما إذا أعتق العبد بعدما وكله ببيعه؛ لِأَنَّ هَذَا عَزْلٌ حُكْمِيٌّ - لضرورة فوات المحل - فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ، وهاهنا إنما يثبت العزل قصدًا فلا يثبت حكمه في حق الوكيل ما لم يعلم به دفعًا للضرر عنه، حتى إذا نفذ القاضي القضاء على الوكيل قبل علمه بالعزل كان نافذًا، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ فِي العَزْلِ إِضْرَارًا بِهِ - أي: بالوكيل - مِنْ حَيْثُ إِبْطَالِ وِلَايَتِهِ، وفي إبطال ولايته تكذيبه؛ لأن الوكيل لمَّا زوج لموكله، أو طلق امرأته، أو باع أو اشترى له على ادعائه وكيله، ثم لو صحَّ عزله من غير علم الوكيل كان تكذيبًا للوكيل فيما ادعى من الوكالة؛ لبطلان ولايته على هذه التصرفات بالعزل، وفي تكذيب الإنسان فيما يقول ضررٌ عليه، وهذا المعنى عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء.

قوله: فَيَنْقُدُ مِنْ مَالِ المُوَكِّلِ - أي: إذا كان وكيلًا من جانب المشتري - وَيُسَلِّمُ المَبِيعَ - أي: إذا كان وكيلًا من جانب البائع - فَيَضْمَنُهُ - أي: ما نقد من الثمن وما سلم من المبيع، أي: على تقدير صحة العزل.

قوله: لِلْوَجْهِ الأَوَّلِ، وهو أن في العزل إضرار به من حيث إبطال ولايته فيتناول الوكيل

وَقَدْ ذَكَرْنَا اشْتِرَاطَ العَدَدِ أَوِ العَدَالَةِ فِي المُخْبِرِ فَلَا نُعِيدُهُ.

قَالَ: (وَتَبْطُلُ الوَكَالَةُ بِمَوْتِ المُوَكِّلِ وَجُنُونِهِ جُنُونًا مُطْبِقًا وَلَحَاقِهِ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا)؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ غَيْرُ لازِمٍ فَيَكُونُ لِدَوَامِهِ حُكْمُ ابْتِدَائِهِ،

بالنكاح وغيره، وكذلك الوكيل إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل، ولا يخرج عن الوكالة، وإذا جحد الموكل الوكالة وقال: لم أوكله لم يكن ذلك عزلًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا اشْتِرَاطَ العَدَدِ أَوِ العَدَالَةِ فِي المُخْبِرِ، أي: في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى في قوله: وَلا يَكُونُ النَّهْيُ عَنِ الوَكَالَةِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ، إلى آخره.

قوله: وَتَبْطُلُ الوَكَالَةُ بِمَوْتِ المُوَكِّلِ وَجُنُونِهِ، وهذا إنَّما كان في موضع يملك الموكل عزله، وأمَّا في موضع لا يملك عزله لا ينعزل بالجنون، إلى هذا أشار في «الذخيرة» فقال بعدما ذكر ما ينعزل به الوكيل في وكالة غير لازمة: فأمَّا إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الإنشاء، وإن كان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث أنه لم يملك الموكل عزله.

ومن ملك شيئاً من جهةٍ أخرى ثم جُنَّ المُملِّك فإنه لا يبطل ملكه، كما لو ملك عيناً، فكذا إذا ملك التصرف، وبهذا الطريق إذا جعل أمر امرأته بيدها ثمَّ جُنَّ الزوج لا يبطل الأمر، وكذلك العدل إذا سلط على بيع الرهن فكان التسليط مشروطاً في عقد الرهن لا ينعزل الوكيل بجنون الموكل، وإن كان الجنون مطبقاً.

قوله: لِأَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ غَيْرُ لازِمٍ فَيَكُونُ لِدَوَامِهِ حُكْمُ ابْتِدَائِهِ، أمَّا كونه غير لازم فقد ذكرنا أن الموكل يملك عزله بدون رضاء الوكيل علم أنه غير لازم.

فإن قلتَ: قد جعل كون حكم الابتداء لدوامه نتيجة كون التصرُّف غير لازم، فكان فيه إشارةٌ إلى أن التصرف إذا كان لازماً لا يكون لدوامه حكم الابتداء، فما الفقه فيه؟

قلتُ: الفقه فيه هو أن التصرف إذا كان غير لازم كان المتصرِّف في كل لحظة من

....

لحظات دوام التصرف بسبيل من النقض والفسخ، فلما لم يفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند إمكانه منه بمنزلة ابتداء تصرُّف آخر من جنسه، إنزالًا للتمكن مكان المبتدئ والمنشئ، كما قال صاحب «الكشاف» في قوله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشۡتَرَوُاْ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلۡهُدَىٰ﴾ [البقرة: ١٦]، بعد سؤاله نفسه بقوله: كيف اشتروا الضلالة بالهدى وما كانوا على هدًى؟ ثم أجابَ عنه بأنَّهم جعلوا على هدى تقديرًا لتمكنهم منه، فصار كأن الهدى كان في أيديهم، فإذا تركوه إلى الضلالة فقد عطلوه واستبدلوها به.

وهذا أيضـًا كما ذكره الإمام المحقق شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله في «أصول الفقه» في أوائل النهي: بأن مذهب أهل السنة والجماعة أن ترك الفعل فعل؛ لما فيه من استعمال أحد الضدين، والانتهاء عن المنهي عنه إنما يتحقَّق بالترك؛ وذلك لأن حقيقة الانتهاء الامتناع عن إيجاد المنهي عنه كما في شرب الخمر مثلًا، ثم إن دعته نفسه إلى الإيجاد يلزمه الترك ليكون ممتنعـًا، فكان هذا الامتناع عند دعاء نفسه إيَّاه إلى ارتكاب المنهي فعلًا منه تقديرًا؛ وهذا لأن المنتهي مثاب بالانتهاء لا محالة بقوله تعالى: ﴿وَنَهَى ٱلنَّفۡسَ عَنِ ٱلۡهَوَىٰ ۝٤٠ فَإِنَّ ٱلۡجَنَّةَ هِيَ ٱلۡمَأۡوَىٰ ۝٤١﴾ [النازعات: ٤٠-٤١]، ثم الله تعالى قصَّر جزاء الأعمال على السعي؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيۡسَ لِلۡإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ۝٣٩﴾ [النجم: ٣٩]، والسعي أمر وجوديٌّ، فلا بدَّ أن يكون الانتهاء أمرًا وجوديًّا أيضـًا، حتى يكون مثابـًا به، وليس تقدير الفعل في الانتهاء إلا بأن يجعل المتمكِّن مكان المنشئ للفعل؛ لأنه هو في الحقيقة إبقاء العدم على العدم الأصلي.

وأمَّا إذا كان التصرف لازمـًا لا يتأتى هذا المعنى؛ لأن المتصرِّف لا يتمكن في كل لحظة من الفسخ والعزل، فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء والإنشاء لذلك الفعل؛ لأن الشيء إنَّما يقدَّر تقديرًا أن لو تصور تحقيقـًا، وله نظائر في اليمين الغموس والمنعقدة، فإن القول بالانعقاد، ثم الحنث في حق الكفارة من الأيمان فيما إذا تصور برُّه في الجملة، وأما إذا لم يتصور كما في الغموس لم نقل بالانعقاد والحنث، لعدم تصور الأصل الذي هو البر، وكذلك وجوب قضاء الصلوات إنَّما يتحقق في حق من يُتصوَّر وجوب أدائها في الجملة، وأمَّا إذا لم يتصور وجوبُ أدائها فلم نقل فيها بوجوب القضاء؛ لأن وجوب القضاء مترتِّب

فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ الأَمْرِ وَقَدْ بَطَلَ بِهَذِهِ العَوَارِضِ، وَشَرْطٌ أَنْ يَكُونَ الجُنُونُ مُطْبِقًا لِأَنَّ قَلِيلَهُ بِمَنْزِلَةِ الإِغْمَاءِ، وَحَدُّ المُطْبِقِ شَهْرٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ اعْتِبَارًا بِمَا يَسْقُطُ بِهِ الصَّوْمُ، وَعَنْهُ أَكْثَرُ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لِأَنَّهُ تَسْقُطُ بِهِ الصَّلَوَاتُ الخَمْسُ فَصَارَ كَالمَيِّتِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: حَوْلٌ كَامِلٌ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ جَمِيعُ العِبَادَاتِ فَقَدَّرَ بِهِ احْتِيَاطًا. قَالُوا: الحُكْمُ المَذْكُورُ فِي اللَّحَاقِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِ المُرْتَدِّ

على وجوب الأداء، والأداء إنما يجب إذا تصور أداؤه في الجملة، ولمَّا كان لدوام التوكيل الذي هو غير لازم حكم الابتداء وجبَ أن يكون الموكل موكلًا في كل لحظة، لتصور العزل منه في كل لحظة، وذلك إنما يكون أن لو كان الموكل صالحـًا للتوكيل، ثمَّ ابتداء التوكيل لا يتصور من الميت فكذلك لا يبقى مع موت الموكل؛ لأنه ابتداء توكيل تقديري لما قلنا، وكذلك لا يصلح توكيل المجنون ولا توكيل المرتد الذي لحق بدار الحرب.

قوله: فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ الأَمْرِ - أي: أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة - وَقَدْ بَطَلَ - أي: أمر التوكيل - بِهَذِهِ العَوَارِضِ، من الموت والجنون والارتداد.

فإن قيل: البيع بالخيار غير لازم، ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر البيع ويبطل الخيار، قلنا: الأصل في البيع اللزوم، وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار، فإذا مات تقرَّر الأصل وبطل العارض.

يقال: جنونٌ مُطبِقٌ، بالباء المكسورة، أي: دائمٌ، والحمى المطبِقة: هي الدائمة التي لا تفارق ليلًا ولا نهارًا، كذا بخط الإمام الزرنوجي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ جَمِيعُ العِبَادَاتِ، فإن من العبادات ما يكون التقدير فيها بحول كالزكاة.

قوله: قَالُوا: الحُكْمُ المَذْكُورُ فِي اللَّحَاقِ، وهو ما ذكر قبل هذا **بقوله:** وَلَحَاقِهِ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا، وإنما قيَّد باللحاق؛ لأنه لو وكله وهو مسلم ثمَّ ارتد ثمَّ أسلم قبل لحاقه بدار الحرب فهو على وكالته في جميع ذلك؛ لأن ملكه لم يزل قبل لحاقه بل توقَّف، وبإسلامه قبل

مَوْقُوفَةٌ عِنْدَهُ فَكَذَا وَكَالَتُهُ، فَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ، فَأَمَّا عِنْدَهُمَا تَصَرُّفَاتُهُ نَافِذَةٌ فَلا تَبْطُلُ وَكَالَتُهُ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يُقْتَلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ يُحْكَمَ بِلَحَاقِهِ وَقَدْ مَرَّ فِي السِّيَرِ، وَإِنْ كَانَ المُوَكِّلُ امْرَأَةً فَارْتَدَّتْ فَالوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ حَتَّى تَمُوتَ أَوْ تَلْحَقَ بِدَارِ الحَرْبِ؛ لِأَنَّ رِدَّتَهَا لا تُؤَثِّرُ فِي عُقُودِهَا عَلَى مَا عُرِفَ.

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَ المُكَاتَبُ ثُمَّ عَجَزَ أَوِ المَأْذُونُ لَهُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ،

لحاقه تقرر، ألا ترى أنه لو كان باع بنفسه ثم أسلم نفذ البيع، فكذلك تبقى وكالة الوكيل في جميع ذلك ما خلا النكاح؛ لأنه بالردة خرج من أن يكون مالكاً للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضاً، ثم لا تعود إلا بالتجديد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ كَانَ المُوَكِّلُ امْرَأَةً فَارْتَدَّتْ فَالوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ حَتَّى تَمُوتَ، وذكر في «المبسوط»: وتوكيل المرأة في التصرفات التي تملك مباشرتها بنفسها صحيحٌ، وكَّلت بذلك مرتدة مثلها أو مسلماً، وكذلك لو كان التوكيل قبل ردتها تبقى بعد الردة؛ لأنها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها، إلا أن توكل بالتَّزويج وهي مرتدة فذلك باطل؛ لأنَّها لا تملك أن تتزوج بنفسها فلا يصح توكيلها بذلك، حتى لو زوَّجها الوكيل في حال ردَّتِها لم يجز، وإن لم يزوجها حتى أسلمت ثم زوجها جاز؛ لأن التوكيل كالمضاف إلى ما بعد إسلامها بمنزلة المعتدَّة والمنكوحة إذا وكلت إنساناً بأن يزوجها، وهذا بخلاف ما إذا كان التوكيل في إسلامها ثمَّ ارتدت ثمَّ أسلمت فزوجها لم يجز؛ لأن ارتدادها إخراج له من الوكالة فإنَّها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل ثبتت الوكالة في الحال، ثمَّ بردتِها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلًا منها لوكيلها، فبعدما انعزل لا يعود وكيلًا إلا بالتجديد، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ رِدَّتَهَا لا تُؤَثِّرُ فِي عُقُودِهَا؛ لأن المرتدة لا تقتل.

قوله: وَإِذَا وَكَّلَ المُكَاتَبُ ثُمَّ عَجَزَ أَوِ المَأْذُونُ لَهُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ، إلى أن قال: فَهَذِهِ الوُجُوهُ تُبْطِلُ الوَكَالَةَ، هذا إذا كانت الوكالة بالبيع والشراء، فأمَّا إذا كان التوكيل بقضاء الدين

أَوِ الشَّرِيكَانِ فَافْتَرَقَا،

أو التقاضي لم يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون؛ لأن في كل شيء وليهُ العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه، بل يبقى هو مطالباً بإيفائه، وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وجبَ له؛ لأن وجوبه كان بعقده، فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة فيه، ولو وكله ابتداءً بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته صحَّ أيضاً، فإن باعه بإذن الغرماء أو ماتَ بطلت وكالة الوكيل في جميع ذلك؛ لأنه حين خرج عن ملكه لم يبق له حق المطالبة بالاستيفاء، فيبطل وكالة الوكيل حكماً لخروج الموكل من أن يكون مالكاً لهذا التصرف.

وليس لمولى العبد عند غيبة العبد أن يتقاضى دينه إن كان عليه دين أو لم يكن؛ لأنه إن كان عليه دين فكسبُه حق غرمائه، والمولى منه كسائر الأجانب، وإن لم يكن عليه دين فوجوب المال كان بعقد العبد، ولا يكون هو في هذا دون الوكيل، وما وجبَ من الثمن بعقد الوكيل لا يملك الموكل المطالبة به فهاهنا أَوْلَى، كذا في «المبسوط».

قوله: أَوِ الشَّرِيكَانِ فَافْتَرَقَا - أي: وكل أحد الشريكين الثالث - فَهَذِهِ الوُجُوهُ تُبْطِلُ الوَكَالَةَ عَلَى الوَكِيلِ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، هذا فيما لم يله الوكيل بنفسه، وأمَّا في الذي وليه الوكيل بنفسه في المفاوضة فلا تبطل الوكالة بالافتراق؛ لأنه ذكر في باب وكالة المضارب من وكالة «المبسوط»: وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلًا بشيءٍ هو وليه، ثم تفرقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما، ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما؛ لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما، فصار هو وكيلًا من جهتهما جميعاً، فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما، وإذا وكل أحد شريكي العنان وكيلًا ببيع شيءٍ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحساناً، وكان ينبغي في القياس أن لا يجوز؛ لأن كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف.

وليس للوكيل أن يوكل غيره إذا لم يأمره الموكل بذلك، ولكنه استحسن فقال: كل واحد من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الأمر إليه على العموم؛ لأن مقصودهما تحصيل الربح، وذلك لا يحصل بتصرف واحد، فصار مأذوناً له من جهة صاحبه بالتوكيل فيما يعجز عن مباشرته بنفسه.

فَهَذِهِ الوُجُوهُ تُبْطِلُ الوَكَالَةَ عَلَى الوَكِيلِ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ بَقَاءَ الوَكَالَةِ يَعْتَمِدُ قِيَامَ الأَمْرِ وَقَدْ بَطَلَ بِالحَجْرِ وَالعَجْزِ وَالِافْتِرَاقِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ العِلْمِ وَعَدَمِهِ لِأَنَّ هَذَا عَزْلٌ حُكْمِيٌّ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ كَالوَكِيلِ بِالبَيْعِ إِذَا بَاعَهُ المُوَكِّلُ.

وقوله: فَهَذِهِ الوُجُوهُ تُبْطِلُ الوَكَالَةَ عَلَى الوَكِيلِ، أي: هذه الوجوه المعترضة من العجز والحجر والافتراق إذا اعترضت على الموكل تبطل وكالة وكيله.

وذكر في «المبسوط»: وعجز المكاتب يُبطل وكالة وكيله في العقود والخصومات إلا في تقاضي الدين الذي وليه المكاتب، أو قضائه؛ لأن عجزه يوجب الحجر عليه من إنشاء التصرفات، فيخرج وكيله من الوكالة ولا يوجب الحجر عليه عن قضاء الدين واقتضائه، فكذلك لا يوجب عزل وكيله عن ذلك، فإن كوتب بعد ذلك لم تعد الوكالة التي بطلت؛ لأن صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل، وقد زال ذلك بالعجز ولم تعد الوكالة بالكتابة الثانية بعد ذلك، وكذلك الحكم في الإذن في التجارة، فإن العبد المأذون له لو وكل وكيلًا بالبيع أو بالشراء أو بخصومة في شيء لم يله ثم حجر عليه مولاه بطلت وكالة الوكيل، فإن أذن له في التجارة لم يكن الوكيل وكيلًا في ذلك، وأمّا لو أخرج المولى وكيل العبد المأذون عن الوكالة فليس ذلك بشيءٍ، سواء كان على العبد دين أو لم يكن؛ لأن ذلك حجر خاص في إذن عام، وذلك باطل، ألا ترى أن المولى لو نَهى العبد عن ذلك التصرف بنفسه ولم يحجر عليه لا يعمل نهيه، فكذلك إذ امتنع وكيله منه؛ لأن ذلك من صنيع التجار، والمولى لا يملك نَهيه مع بقاء الإذن.

فإن قلتَ: يلزم في هذا نقض الأصل الممهَّد في الفقه، وهو أن البقاء أسهل من الابتداء، فإن صدرو التوكيل ابتداءً من المكاتب أو المأذون غير ممتنع حيث يصح توكيلهما رجلًا ببيع شيء أو شرائه، حتى لو أذنا أو كوتبا بعد التوكيل أو أعتقا كان الوكيل على وكالته، فكيف ينعزل وكيلهما بالعجز والحجر بقاءً بعد صحة التوكيل ابتداءً؟

قلتُ: ذاك لمعنى فقهي، وهو أن صحة توكيل المحجور عليه قبل الكتابة والإذن لم يكن باعتبار ملك التصرف الذي هو ثابت للآمر وقت الوكالة، وإنما ذلك باعتبار ما يحدث

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الوَكِيلُ أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطْبِقًا بَطَلَتِ الوَكَالَةُ) لِأَنَّهُ لا يَصِحُّ أَمْرُهُ بَعْدَ جُنُونِهِ وَمَوْتِهِ (وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا) لَمْ يَجُزْ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا أَنْ يَعُودَ مُسْلِمًا، قَالَ: وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ، فَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لا تَعُودُ الوَكَالَةُ. لِمُحَمَّدٍ أَنَّ

له عند التصرف باعتبار الكتابة أو الإذن، وقد وُجد ذلك فيصح.

وأمَّا صحة توكيل المكاتب والمأذون فكانت باعتبار ملك التصرف الذي هو ثابت للآمر وقت الوكالة، وقد زال ذلك الملك فيزول حكمه معه، وهذا نظير رجل تحته أربع نسوة فوكل رجلًا أن يزوجه امرأة، فزوجه بعدما فارق إحداهن جاز ذلك، ولو كان تزوج أربعـاً بعد الوكالة ثم فارق إحداهن لم يكن للوكيل أن يزوجه بحكم تلك الوكالة، والفرق ما ذكرنا، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قولـه: أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطْبِقًا بَطَلَتِ الوَكَالَةُ، قيد بالإطباق وهو الدوام؛ لأنه لو كان ذهب عقله ساعةً، أو جُنَّ ساعة ثم أفاق فالوكيل على وكالته وجعل هذا كالنوم، كذا في «التَّتِمَّة».

قولـه: وَإِنْ لَحِقَ - الوكيل - **بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا أَنْ يَعُودَ مُسْلِمًا**، هذا إذا حكم القاضي بلحاقه؛ لأنه ذكر شيخ الإسلام في «المبسوط»: وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتدًّا فإنه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعـاً ما لم يقض القاضي بلحاقه.

وهكذا أيضـاً فيما أشار إليه الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «المبسوط»: أن هذا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما إذا قضى القاضي باللحاق بدار الحرب حيث قال: ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة؛ لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الإسلام، وإذا قضى القاضي بلحاقه فقد موّته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة، ألا ترى أن ابتداء التوكيل في هذه الحالة لا يصح، فإن عاد مسلمـاً لم تعد الوكالة في قول أبي يوسف رحمه الله، وعادت في قول محمد رحمه الله، وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن قضاء القاضي بلحاقه بمنزلة القضاء بموته، وذلك إبطال منه للوكالة، وبعدما تأكد بطلان الوكالة بقضاء القاضي لا تعود إلا بالتجديد.

وقولـه: وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، إشارة إلى جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلمـاً.

الوَكَالَةَ إِطْلَاقٌ لِأَنَّهُ رَفْعَ المَانِعُ. أَمَّا الوَكِيلُ يَتَصَرَّفُ بِمَعَانٍ قَائِمَةٍ بِهِ وَإِنَّمَا عَجَزَ بِعَارِضِ اللَّحَاقِ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ، فَإِذَا زَالَ العَجْزُ وَالإِطْلَاقُ بَاقٍ عَادَ وَكِيلًا. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِثْبَاتُ وِلَايَةِ التَّنْفِيذِ، لِأَنَّ وِلَايَةَ أَصْلِ التَّصَرُّفِ بِأَهْلِيَّتِهِ وَوِلَايَةُ التَّنْفِيذِ بِالمِلْكِ، وَبِاللَّحَاقِ لَحِقَ بِالأَمْوَاتِ وَبَطَلَتِ الوِلَايَةُ فَلَا تَعُودُ كَمِلْكِهِ فِي أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ. وَلَوْ عَادَ المُوَكِّلُ مُسْلِمًا وَقَدْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا لَا تَعُودُ الوَكَالَةُ

قوله: أَمَّا الوَكِيلُ يَتَصَرَّفُ بِمَعَانٍ قَائِمَةٍ بِهِ، وهي العقل والقصد في ذلك التصرُّف، والذمة الصالحة له؛ لما أن تصرف المجنون والهازل غير صحيح، وتصرف المحجور غير موحب للعهدة.

وفي «المبسوط»: ومحمد رحمه الله يقول: صحت الوكالة لحق الموكل، وحقه قائم بعد لحاقه بدار الحرب، ولكنه عجز عن التصرف بعارض، والعارض على شرف الزوال، فإذا زال صار كأن لم يكن، فبقي الوكيل على وكالته بعد ردَّة الوكيل على حاله، ولكن تعذر على الوكيل تحصيل مقصود الموكل، بمنزلة ما لو أغمى على الوكيل زماناً ثمَّ أفاق فهو على وكالته.

قوله: وَلَوْ عَادَ المُوَكِّلُ مُسْلِمًا وَقَدْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا لَا تَعُودُ الوَكَالَةُ، أي: وقد لحق بدار الحرب مرتدًّا وقضى القاضي باللحاق ثم عاد مسلماً، هكذا ذكر في «المبسوط».

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تَعُودُ، وحاصله أن أبا يوسف رحمه الله سوَّى بين الفصلين، أي: بيْن ارتداد الموكل وبين ارتداد الوكيل حيث قال بعدم العود فيهما، ومحمَّد رحمه الله يُفرق بينهما في ظاهر الرواية حيث يقول بعود الوكالة في ارتداد الوكيل إذا جاء مُسلماً في جميع الروايات، وبعدم عودها في ارتداد الموكل إذا عاد مُسلماً في ظاهر الرواية ويقول: إن الوكالة تعلقت بملك الموكِّل، وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات، فأمَّا بردة الوكيل فلم يزل ملك الموكل، فكان محل تصرف الوكيل باقياً ولكنه عجز عن التصرف بعارض؛ فإذا زال العارض صارَ كأن لم يكن.

وفي «السير الكبير»: يقول محمد رحمه الله: يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل

فِي الظَّاهِرِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تَعُودُ كَمَا قَالَ فِي الوَكِيلِ. وَالفَرْقُ لَهُ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ مَبْنَى الوَكَالَةِ فِي حَقِّ المُوَكِّلِ عَلَى المِلْكِ وَقَدْ زَالَ وَفِي حَقِّ الوَكِيلِ عَلَى مَعْنًى قَائِمٍ بِهِ وَلَمْ يَزَلْ بِاللَّحَاقِ.

قَالَ: (وَمَنْ وَكَّلَ آخَرَ بِشَيْءٍ ثُمَّ تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ) وَهَذَا اللَّفْظُ يَنْتَظِمُ وُجُوهًا: مِثْلَ أَنْ يُوَكِّلَهُ بِإِعْتَاقِ عَبْدِهِ أَوْ بِكِتَابَتِهِ فَأَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ المُوَكِّلُ

أيضاً؛ لأن الموكل إذا عاد مسلماً يُعاد عليه ماله على قديم ملكه، وقد تعلَّقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته، كما لو وكله ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه وردَّ عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته، فهذا مثله، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمَنْ وَكَّلَ آخَرَ بِشَيْءٍ ثُمَّ تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ، وفي «الذخيرة»: فالأصل في جنس هذه المسائل أن الموكل متى أحدث فيما وكل ببيعه تصرفاً قبل بيع الوكيل إن كان تصرفاً يعجز الوكيل عن البيع يخرج عن الوكالة، وإن كان تصرفاً لا يعجزه عن البيع لا يخرج عن الوكالة؛ لأنه إذا عجز عن البيع فقد عجز عن الإمساك، فبالعجز عن الإمساك يخرج الوكيل عن الوكالة، إذا ثبتَ هذا فنقول: متى باع أو وهب أو تصدق وسلم أو وطئ واستولد فالوكيل يخرج عن الوكالة؛ لأن هذه التصرفات في العين تعجز الوكيل عن البيع، ألا ترى أن الموكل بعد إحداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع، فكذا وكيله، ولو وطئ ولم يستولد أو استخدم أو أذن له في التجارة كان على الوكالة؛ لأن هذه التصرفات لا تعجز الوكيل عن البيع، ألا ترى أن الموكل بعد إحداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه، فكذا وكيله، وإذا رهنَ أو أجرَ وسلم ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يخرج عن الوكالة، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يخرج.

قوله: مِثْلَ أَنْ يُوَكِّلَهُ بِإِعْتَاقِ عَبْدِهِ أَوْ بِكِتَابَتِهِ فَأَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ المُوَكِّلُ بِنَفْسِهِ، يعني يخرج الوكيل عن الوكالة، أمَّا لو أسره أهل الحرب فأدخلوه في دارهم ثم رجع إلى الموكل بملك جديد بأن اشتراه منهم لم تعد الوكالة، ولو أخذ من المشتري منهم بالثمن أو ممَّن وقع

بِنَفْسِهِ، أَوْ يُوَكِّلَهُ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ،

في سهمه من الغانمين بالقيمة فهو على وكالته؛ لأنه بالأخذ بهذا الطريق يعيده إلى قديم ملكه، وقد كانت الوكالة متعلقة بذلك المال، فإذا عاد عادت الوكالة، ولو وكَّله بأن يعتق أمته ثم أعتقها المولى فارتدت ولحقت بدار الحرب فأسرت وملكها المولى لم يجز عتق الوكيل فيها؛ لأنه كان مأمورًا بإزالة الرق الذي كان فيها، وقد زالَ ذلك بإعتاق المولى، وهذا الحادث رق متجدد بتجدد السبب فلا يكون هو وكيلًا بإزالته إلا بتوكيل مستأنف.

قوله: أَوْ يُوَكِّلَهُ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ، يعني لو وكله بأن يزوجه امرأةً بعينها ثم تزوجها الموكل بنفسه، كان ذلك عزلًا للوكيل عن الوكالة، حتى لو أبانها بعد التزويج لم يكن للوكيل أن يزوجها إيَّاه؛ لأن ما قصد تحصيله بتصرف الوكيل قد حصل له بمباشرته، فأوجبَ ذلك عزل الوكيل ثم لا يعود التوكيل بالإبانة؛ لأنه ليس بفسخ لذلك العقد من الأصل، وهذا بخلاف ما لو تزوَّجها الوكيل ودخل بِها ثمَّ أبانَها وانقضت عدتها ثمَّ زوَّجها إيَّاه جاز؛ لأن مقصود الموكل لم يحصل بمباشرة الوكيل للعقد الأول مع نفسه، ولا منافاة بين حكم ذلك العقد وبين الوكالة، ألا ترى أنَّ ابتداء التوكيل بعد التزوج صحيح، حتى إذا فارقها زوجها منه فبقاءها أوْلَى؛ وهذا لأنه لو وكَّله بأن يزوّجه امرأة بعينها فإذا لها زوج فماتَ عنها أو طلقها وانقضت عدتها ثم زوَّجها إياه الوكيل جاز؛ لأنَّها لمَّا لم تكن محلًّا عند التوكيل لما أمر به الوكيل صار التوكيل كالمضاف إلى ما بعد صيرورتها محلًّا، فإن التوكيل يحتمل الإضافة ويحصل مقصود الوكيل في ذلك، ولو ارتدَّت تلك المرأة والعياذ بالله المعينة ولحقت بدار الحرب ثم سُبيت وأسلمت فزوجها إيَّاه الوكيل جاز في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، ولم يجز عندهما؛ لأن من أصلهما أنَّ تسمية المرأة مطلقـًا في التوكيل تنصرف إلى الحرَّة دون الأمة، ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله أنَّها لا تتقيد بالحرة، فكذلك التوكيل في المرأة المعينة.

ولو كان الموكل تزوَّج امرأة أو ذات محرم منها أو أربعـًا سواها يخرج الوكيل من الوكالة؛ لأن الموكل صار بحال لا يملك مباشرة العقد عليها بما أحدث من التصرف، وذلك عزل منه للوكيل، فلو كان الموكل قال: إن تزوجتها فهي طالق، فليس هذا بإخراج له من الوكالة؛ لأنه ما صار بحالٍ لا يملك مباشرة العقد عليها بما أحدث، فإنه لو تزوَّجها بعد يمينه

أَوْ بِشِرَاءِ شَيْءٍ فَفَعَلَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُوَكِّلَهُ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا أَوْ بِالخُلْعِ فَخَالَعَهَا بِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ تَعَذَّرَ عَلَى الوَكِيلِ التَّصَرُّفُ فَبَطَلَتِ الوَكَالَةُ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَهَا بِنَفْسِهِ وَأَبَانَهَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْهُ لِأَنَّ الحَاجَةَ قَدِ انْقَضَتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَزَوَّجَهَا الوَكِيلُ وَأَبَانَهَا لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ

صح النكاح، فبقي الوكيل على وكالته أيضـًا، وكذلك لو وكله بأن يزوجه امرأة فزوجه امرأة وقد حلف الزوج بطلاقها إن تزوجها، أو آلى منها أو ظاهرها، أو كانت في عدة منه فالنكاح جائز؛ لأنه أطلق اسم المرأة في التوكيل وذلك يتناولها كما يتناول غيرها، كذا في «المبسوط».

قوله: أَوْ بِشِرَاءِ شَيْءٍ فَفَعَلَهُ بِنَفْسِهِ، أي: وكله بشراء شيء بعينه، ثمَّ اشتراه الموكل بنفسه كان ذلك عزلًا للوكيل من الوكالة.

وذكر في «الذخيرة»: ولو أمره أن يشتري له عبدًا بعينه ثمَّ اشتراه الآمر بنفسه ثمَّ باعه ثمَّ اشتراه المأمور للآمر لم يجز.

قوله: فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا، قيَّد بالثلاث وقيد الواحدة بانقضاء العدة، والمراد منها ما دون الثلاث؛ لأنه إذا وكله بالطلاق ثمَّ طلقها الموكل تطليقةً واحدةً أو ثنتين بائنةً أو رجعيَّة، فإنه يطلقها الوكيل مادامت في العدة، وأمَّا إذا طلقها الموكل طلاقـًا ثلاثـًا فلا يملك الوكيل طلاقها لا في العدَّة ولا بعدها، والأصل فيه أنَّ ما كان الموكل فيه قادرًا على الطلاق كان وكيله أيضـًا قادرًا على الطلاق، وما لا فلا.

وذكر في «المبسوط»: وإن وكله أن يطلِّقها ثم طلقها الزوج أو خالعها، فإن طلاق الوكيل يقع عليها مادامت في العدة؛ لأن المملوك للزوج من الطلاق محصور بالعدد، فلا يتغير ما أوقعه الزوج بما فوَّضه إلى الوكيل، ولكن ما بقي الزوج مالكـًا لإيقاع الطلاق عليها، فبقي الوكيل على وكالته، وبعد الخلع مادامت في العدة يملك الزوج إيقاع الطلاق عليها فبقي الوكيل على وكالته أيضـًا، وإن انقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك؛ لأن الزوج خرج من أن يكون مالكـًا للإيقاع عليها بعد انقضاء العدة فتبطل الوكالة.

الْمُوَكِّلَ لِبَقَاءِ الحَاجَةِ، وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَى لِأَنَّ بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ مَنْعٌ لَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَصَارَ كَالعَزْلِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -:

وكذلك إن تزوجها بعد ذلك؛ لأن تمكن الزوج من الإيقاع بالسبب المتجدد والوكالة لم تتناوله فلا تعود الوكالة باعتباره، وعلى هذا لو ارتدت أو ارتد الزوج فإن طلاق الوكيل يقع عليها في العدة، لبقاء تمكن الزوج من الإيقاع وإن لحق بدار الحرب مرتدًّا فكذلك بمنزلة موته، فلا يقع عليها طلاق الوكيل بعد ذلك.

وفي «الذخيرة»: إذا وكل الرجل رجلًا أن يطلق امرأته ثم طلقها الزوج بنفسه قبل طلاق الوكيل، فهذا لا يكون عزلًا للوكيل ويقع طلاق الوكيل عليها ثانياً مادامت في العدة، وبعدما انقضت العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها، تزوجها الزوج أو لم يتزوج.

وفي آخر وكالة «شرح القدوري» رحمه الله: إذا وكل الرجل غيره بالطلاق ثم طلق الموكل بنفسه خرج الوكيل من الوكالة، وهذا محمول على أن الموكل طلق ثلاثـاً أو انقضت العدة؛ لأنه لم يبق هناك طلاق يقع بتصرف الوكيل، أمَّا إذا طلق واحدة وهي في العدة فتصرف الوكيل غير متعذر بأن يوقع الباقي، وكذلك لو قال له: اخلعها ثم خلعها الآمر خرج الوكيل عن الوكالة؛ لأن الخلع بعد الخلع لا يصح فيتعذر التصرف على الوكيل.

قوله: فَلَوْ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ، قيَّد بقضاء القاضي في الرد على البائع بالعيب؛ لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء قاض، فَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَى بالإجماع، وذكر مسألة الرد بقضاء القاضي في العيب من غير خلاف في جواز البيع للوكيل في «المبسوط»، ووضع المسألة في الأَمَة فقال: ولو باعها الوكيل أو الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها؛ لأن الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الأصل، وعادت إلى قديم ملك الموكل، وانتقاض الوكالة كان حكماً لزوال ملك الموكل، فإذا عاد ملكه عادت الوكالة، وكذلك لو كان الردُّ بخيار شرط كان للبائع أو للمشتري أو بفساد البيع أو بخيار الرؤية؛ لأن هذه الأسباب تفسخ العقد من الأصل، وإن قبلها الموكل بالعيب بغير

لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَى؛ لِأَنَّ الوَكَالَةَ بَاقِيَةٌ لِأَنَّهُ إِطْلَاقٌ وَالعَجْزُ قَدْ زَالَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ بِالهِبَةِ فَوَهَبَ بِنَفْسِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَهَبَ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي الرُّجُوعِ فَكَانَ ذَلِكَ دَلِيلُ عَدَمِ الحَاجَةِ. أَمَّا الرَّدُّ بِقَضَاءٍ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ فَلَمْ يَكُنْ دَلِيلُ

قضاء قاضٍ بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل أن يبيعها، وكذلك إن تقايلا البيع فيها؛ لأن هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما، فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراها ابتداءً، وكذلك إن رجعت إلى الموكل بميراثٍ أو هبةٍ أو غيره بملكٍ جديدٍ لم يكن للوكيل بيعها؛ لأن الوكالة تعلقت بالملك الأول، وهذا ملك جديد سوى الأول فلا يثبت فيه حكم الوكالة إلا بتجديد توكيل من المالك.

وذكر في «الذخيرة»: ولو قبله الموكل بعد القبض بالعيب بغير قضاء فإنه لا يعود وكيلًا؛ لأن الرد بعد القبض بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث، فصار في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه وهُناك لا تعود الوكالة؛ لأنه لم يعد إلى الموكل عين ما وكل ببيعه؛ لأن العين تختلف حكمًا باختلاف السبب، ولو أقاله المشتري فليس للوكيل أن يبيعه إن كانت الإقالة بعد القبض؛ لأنه بمنزلة الشراء الجديد في حق الثالث، وكذلك إن كانت الإقالة قبل القبض؛ لأن الأمر قد انتهى نهايته بالبيع، والمقصود من البيع وهو الثمن وإن فاتَ ولكن من جهة الموكل، وفوات المقصود من التصرف من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم؛ لأن الوكالة باقية؛ لأن العزل لم يوجد، لكن بخروج العبد عن ملك الموكل تعذر البيع على الوكيل.

قوله: لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي الرُّجُوعِ - أي: الواهب مختار في الرجوع - **فَكَانَ ذَلِكَ دَلِيلُ عَدَمِ حَاجَةِ** الواهب إلى الهبة.

وذكر في «التَّتِمَّة»: ولو لم يبعه الموكل ولكن باعه الوكيل ثمَّ رد عليه بعيب بقضاء فهو على وكالته، ولو وكله بأن يهب عبده فوهبه الوكيل ثم رجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل أن يهبه مرَّةً أخرى.

قال محمد رحمه الله: ولا يشبه الهبة البيع؛ لأن الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع؛

زَوَالِ الحَاجَةِ، فَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ قَدِيمُ مِلْكِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

❊ ❊ ❊

لأن الوكيل بعدما باعَ يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة، فإذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له أن يبيعها ثانياً بحكمها، أمَّا الوكالة بالهبة فتنقضي بمباشرة الهبة، حتى لا يملك الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه، فإذا رجعَ في هبته فقد عاد إليه العبد ولا وكالة، فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانياً.

قوله: فَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ قَدِيمُ مِلْكِهِ - الموكل فيه - كَانَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، ثانياً كما لو باعه الوكيل فردَّ عليه بعيب كان له أن يبيعه ثانياً، كذا في «التَّتِمَّة»، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الدَّعْوَى

كتـابُ الدعوى

لمَّا كانت الدعوى أعظم المقاصد من شرعية الوكالة، حتى ابتدأ كتاب الوكالة بمسألة الوكالة بالخصومة، قفى على كتاب الوكالة بكتاب الدعوى؛ لما أنَّ الوكالة بالخصومة سبب داعٍ إلى الدعوى عند القاضي، فالمسبب أبدًا يتلو السبب.

ومحاسنها ما هي المحاسن في القضاء؛ لأن الدعوى سبب القضاء، ومحاسن القضاء ظاهرة؛ لأنَّ القضاء قطع للخصومات التي تلزم في امتدادها فساد أيّ فساد، والله لا يحب الفساد.

فيحتاج هاهنا إلى معرفة ستة أشياء: معنى الدعوى لغةً وشرعـًا، وسببها، وشرطها، وحكمها، وأنواعها.

أمَّا اللغة: فالدعوى اسم للادعاء الذي هو مصدر ادَّعى زيد على عمرو مالًا، وألفُها للتأنيث فلا تنوّن، وجمعها دعاوَى بفتح الواو، كفتوى وفتاوى، وقيل الدعوى في اللغة: قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره.

وذكر شيخ الإسلام والإمام المحبوبي رحمهما الله: الدعوى في اللغة: عبارةٌ عن إضافة الشيء إلى نفسه حالة المسالمة والمنازعة جميعـًا، مأخوذ من قوم ادَّعى فلان شيئـًا، إذا أضافه إلى نفسه، بأن قال: لي، ومنه دعوة الولد؛ لأنه يضيفه إلى نفسه فيقول: ابني.

وأمَّا شرعـًا: فيراد بها إضافة الشيء إلى نفسه في حالةٍ مخصوصةٍ وهي حالة المنازعة؛ ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

....

وقيل: المدعي لغة: من يقصد إيجاب الحق على الغير، إلا أن إطلاق اسم المدَّعي في عُرف اللسان يتناول من لا حجَّة له ولا يتناول من له حجة، فإن القاضي يسميه مدعياً قبل إقامة البينة، فأمَّا بعد إقامة البينة فيسميه محقًّا لا مدعياً، ويقال لمسيلمة لعنه الله: مدعي النبوة، ولا يقال لرسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم: مدعي النبوة؛ لأنه قد أثبتها بالمعجزة، فعرفنا أن إطلاق اسم المدَّعي على من لا حجة له عُرفاً.

وأمَّا سببها: فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع؛ لأن دعوى المدعي لا تخلو: إمَّا أن تكون أمرًا راجعا إلى بقاء نسله، أو أمرًا راجعاً إلى بقاء نفسه وما يتبعهما، وكلاهما قد ذكرا.

وأمَّا شرط صحتها: على الخصوص فمجلس القضاء؛ لأن الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس، حتى لا يجبُ على المدَّعى عليه جواب المدَّعي.

ومن شرائط صحتها أيضاً: أن تكون دعوى المدعي على خصم حاضر، وأن يكون المدعى به شيئاً معلوماً، وأن يتعلق به حكم على المطلوب؛ لما أنَّ الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضرًا، أو يكون المدَّعى به مجهولًا؛ لأن عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضاء به، وأن لا يلزم على المطلوب شيءٌ بدعواه، نحو أن يدعى أنه وكيل هذا الخصم الحاضر في أمر من أموره، فإن القاضي لا يسمع دعواه هذه إذا أنكر الآخر؛ لأنه يمكنه عزله في الحال.

وأمَّا حكمها: فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا؛ ولهذا وجبَ على القاضي إحضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب.

وأمَّا أنواعها فشيئان: دعوى صحيحة، ودعوى فاسدة، فالصحيحة ما تتعلق بها أحكامها، وهي إحضار الخصم، والمطالبة بالجواب، واليمين إذا أنكر، وفي مثل هذه الدعوى يمكن إثبات المدَّعى بالبينة أو بالنكول.

والدعوى الفاسدة ما لا تتعلق بها هذه الأحكام، وفساد الدعوى بأحد معنيين:

قَالَ: (المُدَّعِي مَنْ لا يُجْبَرُ عَلَى الخُصُومَةِ إِذَا تَرَكَهَا وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الخُصُومَةِ) وَمَعْرِفَةُ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا مِنْ أَهَمِّ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ مَسَائِلُ الدَّعْوَى، وَقَدِ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ المَشَايِخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ - فِيهِ، فَمِنْهَا مَا قَالَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ حَدٌّ عَامٌّ صَحِيحٌ. وَقِيلَ المُدَّعِي مَنْ لا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَالخَارِجِ، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يَكُونُ

(١): إمَّا أن لا يكون ملزماً الخصمَ شيئاً، وإن ثبت على ما قلنا من أن يدعي على غيره أنه وكيله.

(٢): والثانِي أن يكون مجهولًا في نفسه؛ والمجهول لا يمكن إثباته بالبينة، فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول، ثم الدَّعوى الصحيحة لا توجب استحقاق المدعى للمدعي بنفسه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لو أعطى الناس ودعواهم لادعى ناس دماء قوم وأموالهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وفي رواية: «على المدعى عليه»، كذا في «المبسوط»، و«التحفة»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله وغيرها.

قوله: وَمَعْرِفَةُ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا - أي بين المدعي والمدعى عليه - **مِنْ أَهَمِّ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ مَسَائِلُ الدَّعْوَى**، لأن الإنسان قد يكون مدعياً صورةً ومع ذلك يكون القول قوله مع اليمين، كما في المودع إذا ادعى الردة على ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَقَدِ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ المَشَايِخِ، منهم من قال: المدعي من يشتمل كلامه على الإثبات، ولا يصير خصماً ومدعياً بالتكلم في النفي؛ فإن الخارج لو قال لذي اليد: هذا الشيء ليسَ لك، لا يكون خصماً مدعياً ما لم يقل: هو لي، والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفى به منه، فإن ذا اليد لو قال: ليس هذا لك كان خصماً بِهذا القدر، وقوله: هو لي فصل من الكلام غير محتاج إليه.

ومنهم من قال: كل من ادعى باطناً ليزيل به ظاهرًا فهو المدعي، وكل من ادعى ظاهرًا وقرَّر الشيء على هيئته فهو المدعى عليه.

مُسْتَحِقًّا بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ كَذِي اليَدِ، وَقِيلَ المُدَّعِي مَنْ يَتَمَسَّكُ بِغَيْرِ الظَّاهِرِ وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يَتَمَسَّكُ بِالظَّاهِرِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الأَصْلِ: المُدَّعَى عَلَيْهِ هُوَ المُنْكِرُ، وَهَذَا صَحِيحٌ لكِنَّ الشَّأْنَ فِي مَعْرِفَتِهِ وَالتَّرْجِيحُ بِالفِقْهِ عِنْدَ الحُذَّاقِ مِنْ أَصْحَابِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - لِأَنَّ الاِعْتِبَارَ لِلْمَعَانِي دُونَ الصُّوَرِ، فَإِنَّ المُودَعَ إِذَا قَالَ رَدَدْتُ الوَدِيعَةَ فَالقَوْلُ لَهُ مَعَ اليَمِينِ وَإِنْ كَانَ مُدَّعِيًا لِلرَّدِّ صُورَةً لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الضَّمَانَ.

ومنهم من قال: كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع، وكل من شهد بما في يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدعًى عليه، وكل من شهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد، وكل من شهد بما في يد نفسه لغيره فهو مقرٌّ، كذا في «المبسوط»، و«شرح الطحاوي».

قوله: وَقِيلَ المُدَّعِي مَنْ يَتَمَسَّكُ بِغَيْرِ الظَّاهِرِ، فإن الظاهر هو أن تكون الأملاك في يد الملاك، وأن الظاهر براءة الذمَّة، والمدعي هو خارج عن تصرف الأملاك يدعي الأملاك لنفسه، ويدعي شغل الذمة فكان المدعي متمسكًا بغير الظاهر.

قوله: فَالقَوْلُ لَهُ - أي للمودع - مَعَ اليَمِينِ، كما أنَّ القول قول المودع مع اليمين، فكذلك بينته تقبل على الرد أيضًا، ذكره في باب الاختلاف في البيوع من بيوع «المبسوط»، وفي أدب القاضي منه: لأنه ينكر الضمان، والقول قول المنكر لتمسكه بالأصل؛ لأن الأصل في الذمم البراءة.

فإن قيل: يشكل على هذا ما إذا ادَّعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل رب الدين، ثمَّ حضر رب الدين وأنكر الوكالة فالقول لرب الدين على ما مرَّ في باب الوكالة بالخصومة، مع أن المديون في دعوى البراءة متمسِّك بالأصل.

قلنا: انعكس الحكم هناك لانعكاس العلة؛ لما أن المديون هناك يدعي البراءة بعد الشغل فكان الشغل أصلًا والبراءة عارضًا.

وأمَّا هاهنا كانت البراءة أمرًا أصليًّا، فمن ادعى البراءة هنا كان متمسكًا بالأصل فكان القول قوله؛ لما أن ذمَّة المودع كانت فارغةً عن الشغل بالأصل، وكان الشغل عارضًا لا محالة،

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَى حَتَّى يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ) لِأَنَّ فَائِدَةَ الدَّعْوَى الإِلْزَامُ بِوَاسِطَةِ إِقَامَةِ الحُجَّةِ، وَالإِلْزَامُ فِي المَجْهُولِ لا يَتَحَقَّقُ (فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فِي يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ كُلِّفَ إِحْضَارَهَا لِيُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَى)، وَكَذَا فِي الشَّهَادَةِ وَالِاسْتِحْلَافِ، لِأَنَّ الإِعْلَامَ بِأَقْصَى مَا يُمْكِنُ شَرْطٌ وَذَلِكَ بِالإِشَارَةِ فِي المَنْقُولِ لِأَنَّ النَّقْلَ مُمْكِنٌ وَالإِشَارَةُ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ، وَيَتَعَلَّقُ بِالدَّعْوَى وُجُوبُ الحُضُورِ، وَعَلَى هَذَا القُضَاةُ مِنْ آخِرِهِمْ فِي كُلِّ عَصْرٍ، وَوُجُوبُ الجَوَابِ إِذَا حَضَرَ لِيُفِيدَ

فربّ الوديعة في إنكار الردِّ يدعي الشغل، وهو أمر عارض فلا يكون القول قوله.

قوله: وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَى حَتَّى يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ - بأن قال: حنطة مثلًا - وَقَدْرِهِ، بأن قال: عشرة أقفزة حنطة.

وذكر في «الذخيرة» فإن كان المدعى مكيلًا فإنما تصح الدعوى إذا ذكر المدعي جنسه بأنه حنطة أو شعير، ويذكر مع ذلك نوعها أنَّها سقية أو برية، خريفية أو ربيعية، ويذكر مع ذلك صفتها: (گندم سفيد، أو گندم سُرْخَه)، ويذكر أنَّها جيدة أو وسط أو رديئة، ويذكر قدرها بالكيل فيقول: كذا قفيزًا؛ لأن المقدَّر في الحنطة الكيل، ويذكر بقفيز كذا؛ لأن القفزان تتفاوت في ذاتِها، ويذكر سبب الوجوب؛ لأن أحكام الدين تختلف باختلاف أسبابها، فإنه إذا كان بسبب السلم يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء ليقع التحرز عن الاختلاف، ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وإن كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض، ولا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء.

قوله: وَكَذَا فِي الشَّهَادَةِ، أي: عند أداء الشهادة يكلف المدعى عليه بإحضار المدعى ليشير الشهود إليه عند أداء الشهادة.

قوله: وَيَتَعَلَّقُ بِالدَّعْوَى - أي بالدعوى الصحيحة بمجرَّدها - وُجُوبُ الحُضُورِ، وَعَلَى هَذَا القُضَاةُ، أي: على وجوب حضور المدعى عليه القضاة، وذلك ثابت بالنص قال

حُضُورُهُ وَلُزُومُ إِحْضَارِ العَيْنِ المُدَّعَاةِ لِمَا قُلْنَا وَاليَمِينِ إِذَا أَنْكَرَهُ، وَسَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا لِيَصِيرَ المُدَّعَى مَعْلُومًا)؛ لِأَنَّ العَيْنَ لَا تُعْرَفُ

الله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ ﴿٤٨﴾﴾ [النور: ٤٨]، فقد ألحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعدما طولب به، وذلك دليل أن الحضور مستحق عليه.

قوله: مِنْ آخِرِهِمْ، أي: بأجمعهم، **وقوله:** لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى **قوله:** كُلِّفَ إِحْضَارَهَا لِيُشِيرَ إِلَيْهَا.

قوله: فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فِي يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ كُلِّفَ إِحْضَارَهَا لِيُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَى؛ وذلك لأن الدعوى في حكمها أن تقع في معلوم، والمنقولات لا تضبط بالصفة فوجب إحضارها لتقع الدعوى على عينها.

قوله: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً، بأن كانت هالكة في يد المدعى عليه ذكر المدعي قيمة العين.

قوله: وَالقِيمَةُ تُعْرَفُ بِهِ، أي: والقيمة شيء تعرف العين بذلك الشيء فلذلك يذكر قيمة العين، وقيل: أي: العين لا تعرف بالوصف وإن بولغ في وصفه لمشاركة كثير من الأعيان إيَّاه في ذلك الجنس، ولكن ببيان الوصف طولًا وعرضًا تعرف قيمته، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله، فعلى هذا كان الضمير في (بِهِ) راجعًا إلى الوصف، وفي الأول إلى خبر القيمة المحذوف وهو شيءٌ.

وفي «الذخيرة»: وإن وقعت الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه، بأن ادعى رجلٌ على رجل أنه غصب منه ثوبًا أو جارية لا يدري أنه قائم أو هالك، فإن بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة وبينته مقبولة، وإن لم يبين القيمة أشار في عامة الكتب إلى أنَّها مسموعة.

وقال الإمام فخر الإسلام البزدوي رحمه الله: إذا كانت المسألة مختلفًا فيها ينبغي

بِالوَصْفِ، وَالقِيمَةُ تُعْرَفُ بِهِ وَقَدْ تَعَذَّرَ مُشَاهَدَةُ العَيْنِ. وَقَالَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: يُشْتَرَطُ مَعَ بَيَانِ القِيمَةِ ذِكْرُ الذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَى عَقَارًا حَدَّدَهُ وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ)؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّعْرِيفُ بِالإِشَارَةِ لِتَعَذُّرِ النَّقْلِ فَيُصَارُ إِلَى التَّحْدِيدِ فَإِنَّ العَقَارَ يُعْرَفُ بِهِ، وَيَذْكُرُ الحُدُودَ الأَرْبَعَةَ، وَيَذْكُرُ أَسْمَاءَ أَصْحَابِ الحُدُودِ وَأَنْسَابَهُمْ، وَلا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الجَدِّ لِأَنَّ تَمَامَ التَّعْرِيفِ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَى مَا عُرِفَ هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوْ كَانَ الرَّجُلُ مَشْهُورًا يَكْتَفِي بِذِكْرِهِ، فَإِنْ ذَكَرَ ثَلاثَةً مِنَ الحُدُودِ يُكْتَفَى بِهَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ لِوُجُودِ الأَكْثَرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَلِطَ فِي الرَّابِعَةِ لِأَنَّهُ يُخْتَلَفُ بِهِ المُدَّعَى وَلا كَذَلِكَ بِتَرْكِهَا، وَكَمَا يُشْتَرَطُ التَّحْدِيدُ فِي الدَّعْوَى يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ.

للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة به، فإذا كلفه ولم يبين يسمع دعواه؛ لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله، فلو كلفه بيان القيمة فقد أضرَّ به؛ إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه، وإذا سقط بيان القيمة من المدعى سقط من الشهود بالطريق الأولى.

قوله: وَقَدْ تَعَذَّرَ مُشَاهَدَةُ العَيْنِ، يعني لمَّا تعذر مشاهدة العين أقيم الوصف والقيمة في الغائب مقام مشاهدة العين في الحاضر.

وإلى هذا أشار في «المبسوط» قُبيل باب الدعوى في النتاج بقوله: وإن كان العين المدعى مستهلكًا فحينئذٍ يتعذَّر إحضاره فيقام ذكر الوصف والقيمة مقام الإشارة إلى العين لصحة الدعوى والشهادة؛ ولأن المدعى هاهنا في الحقيقة دين في الذمة وهو القيمة، فإعلامه يكون بذكر صفته وقيمته.

قوله: وَإِنِ ادَّعَى عَقَارًا حَدَّدَهُ، أي: ذكر حده، يقول: حددت الدار حدَّها حدًّا، والتحديد مثله، والعَقار بالفتح الأرض والضياع والنخل، ومنه قولهم: ما لهُ دار ولا عقار، كذا في «الصَّحاح».

وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، لا بُدَّ مِنْهُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ، وَفِي العَقَارِ لا يُكْتَفَى بِذِكْرِ المُدَّعِي وَتَصْدِيقِ المُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ فِي يَدِهِ بَلْ لا تَثْبُتُ اليَدُ فِيهِ إِلَّا بِالبَيِّنَةِ، أَوْ عِلْمِ القَاضِي،

قوله: وَفِي العَقَارِ لا يُكْتَفَى بِذِكْرِ المُدَّعِي وَتَصْدِيقِ المُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ فِي يَدِهِ، وفي «المبسوط»: وإذا تنازع رجلان في دار كل واحد منهما يدعي أنَّها في يده فعلى كل واحد البينة؛ لأن دعوى اليد مقصودة كما أن دعوى الملك مقصودة؛ لأن باليد يتوصل إلى الانتفاع بالملك والتصرف فيه، فإن أقام كل واحد منهما البينة أنَّها في يده جعل في يد كل واحد منهما نصفها؛ لتعارض البينتين وتساويهما، والمساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق، فإذا كان المدَّعى قابلًا للاشتراك يقضي لكل واحد منهما بالنصف لمعنى الضيق والمزاحمة في المحل، فإن أقام أحدهما البينة أنَّها له قضيت بها له؛ لأنه استحق الملك بالبينة فيما في يد صاحبه ولم يقابله صاحبه بمثله، ولا منافاة بين القضاء باليد لصاحبه والملك له بالبينة، وقد كان أصحابنا يقولون: إذا قال المدعي: هذا الشيء ملكي وفي يدي، لم يسمع القاضي دعواه، وقال له: إذا كان ملكَكَ فماذا تطلب منِّي؟ تأويل تلك المسألة أن الخصم لا يدعي اليد لنفسه، فلهذا قبل دعوى المدعي على اليد والملك وقضى بها له عند إقامة البينة.

وذكر الخصاف رحمه الله: أن من ادَّعى دارًا في يد غيره أنَّها له وأقام البينة فما لم يشهد الشهود أنَّها في يد المدعى عليه لا تقبل بينته؛ لجواز أن يكونا تواضعا في محدود في يد ثالث على أن يدعيه أحدهما ويقر الآخر بأنه في يده ويقيم البينة عليه بذلك، وهو في يد غيرهما، ولكن تأويل المسألة أنَّ الخصم الآخر لم يثبت يده بالبينة، وهاهنا قد أثبت كل واحد منهما يده بإقامة البينة؛ فلهذا قبلنا بينة أحدهما على صاحبه بإثبات الملك له، وإن لم يقم لهما بينة على اليد وأطلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هيَ في يده، فعلى كل واحد منهما أن يحلف البتة ما هيَ في يد صاحبه؛ لأنه لو أقرَّ لصاحبه لما ادعى لزمه في حقه، فإذا أنكر يحلف عليه، وإذا حلف لم يجعلها القاضي في يد واحد منهما؛ لأن حجة القضاء باليد لم تقم لواحد منهما، لكن يمنعهما من المنازعة والخصومة من غير حجة، فأيّهما نكل عن اليمين

هُوَ الصَّحِيحُ نَفْيًا لِتُهْمَةِ المُوَاضَعَةِ إِذِ العَقَارُ عَسَاهُ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا، بِخِلَافِ المَنْقُولِ؛

لم يجعلها في يده؛ لأن صاحبه قد حلفَ ولم يجعلها في يد الذي حلف بنكول هذا الناكل أيضًا؛ لجواز أن يكون في يد الثالث، وإنهما تواضعا للتلبيس على القاضي، ولكن يمنع الناكل عن منازعة الآخر؛ لأن نكوله حجة عليه، فإن وجدها في يد آخر لم ينزعها من يده بالذي أنقذه بين هذين؛ لأن نكولهما ليس بحجة على غيرهما والقضاء بحسب الحجة.

وذكر في «فصول الأستروشني» في الفصل الرابع عشر: رجل غصب أرضًا وزرعها فادَّعى رجل أنَّها أرضي وغصبها الزارع منِّي وزرع، فلو أثبت غصبه وإحداث يده بالبينة يكون هو ذا اليد، والذي زرع خارجًا، والحكم بينهما معلوم، ولو لم يثبت إحداث يده يكون الزارع صاحب اليد والمدعي هو الخارج.

وذكر في دعوى العدة: عقار في يد رجل جاء رجل وغلبَ عليه وأحدث يده فيه لا يصير بِهذا ذا اليد، ولو علم القاضي يأمر بالتسليم إليه.

وفي أول دعوى «الفتاوى الصغرى»: إذا ادَّعى المنقول فأقرَّ المدعى عليه أنه في يده يقبل إقراره، وفي العقار لا يقبل حتى يقيم البينة، وإن أنكر اليد ولم يكن للمدعي بينة يحلفه.

وذكر في «الذخيرة»: ثم إذا تعلق رجلان بعين وأقاما البينة على اليد حتى جعلناه في أيديهما، لو أقام أحدهما بينة أن العين ملكه قضى له بالنصف الذي في يد صاحبه، وترك النصف الذي في يده على حاله.

وذكر في بعض المواضع: إذا أقاما البينة على اليد ثم أقام أحدهما بينة أن العين له قضى بكله له، فهذا تنصيص أنه يقضى بالملك له في كل العين، وأنه مشكل؛ لأن العين في أيديهما، فبينته على ما في يده بينة صاحب اليد، وبينة صاحب اليد على الملك المطلق لا تقبل، والجواب أنه لمَّا أقام البينة على الملك بعدما أقام البينة على اليد قد أعرض عن تلك البينة، فبطلت بينته على اليد، وصارت بمنزلة رجلين تنازعا في عين، وأقام أحدهما البينة على اليد والآخر على الملك، وهناك يقضى لصاحب الملك، كذا هاهنا.

وقوله: **نَفْيًا لِتُهْمَةِ المُوَاضَعَةِ**، أي: يحتمل أنَّهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه،

لِأَنَّ اليَدَ فِيهِ مُشَاهَدَةٌ. وَقَوْلُهُ وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ لِأَنَّ المُطَالَبَةَ حَقُّهُ فَلا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَرْهُونًا فِي يَدِهِ أَوْ مَحْبُوسًا بِالثَّمَنِ فِي يَدِهِ، وَبِالمُطَالَبَةِ يَزُولُ هَذَا الِاحْتِمَالُ، وَعَنْ هَذَا قَالُوا فِي المَنْقُولِ يَجِبُ أَنْ يَقُولَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ حَقًّا فِي الذِّمَّةِ ذُكِرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ) لِمَا قُلْنَا، وَهَذَا لِأَنَّ صَاحِبَ الذِّمَّةِ قَدْ حَضَرَ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا المُطَالَبَةُ لَكِنْ لا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهِ بِالوَصْفِ لِأَنَّهُ يُعْرَفُ بِهِ.

المدعي بأن العقار في يد المدعي ليحكم القاضي باليد للمدعي، حتى يتصرف المدعي فيه وهو في الواقع في يد الثالث كان ذلك قضاءً بالتصرف في مال الغير، أو يؤدي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره أنه في يد الثالث، فلا بد من طلبه حتى يجب على القاضي إعانته.

وقوله: وَعَنْ هَذَا قَالُوا فِي المَنْقُولِ، إشارة إلى قوله: يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَرْهُونًا فِي يَدِهِ أَوْ مَحْبُوسًا بِالثَّمَنِ فِي يَدِهِ؛ لأن العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين ليس بغير حق، بل هو محبوس بحق في يد صاحب اليد وإن كان هو ملك غير صاحب اليد.

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّ المُطَالَبَةَ حَقُّهُ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ، لكن لا بدَّ من تعريفه بالوصف، فإن كان المدعى به وزنيًّا فإنما يصح إذا بين الجنس بأن قال: ذهب أو فضة، وإن بين الجنس بعد ذلك إن كان مضروبـًا يقول كذا كذا دينارًا، ويذكر نوعه بخاري الضرب، أو نيسابوري الضرب، وينبغي أن يذكر صفته أنه جيد أو وسط أو رديء، وإنَّما يحتاج إلى ذكر الصفة إذا كان في البلد نقود مختلفة، وأمَّا إذا كان في البلد نقد واحد فلا، وإن كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء، ولا صرف للبعض على البعض، أي: لا فضل، يجوز البيع ويعطي المشتري البائع أيّ نقد شاء، إلا أن في الدعوى لا بدَّ من تعيين أحدهما، وإن كان أحد النقدين أروج وللآخر فضل، فالعقد جائز وينصرف إلى الأروج، ويصير ذلك كالملفوظ في الدعوى فلا حاجة إلى البيان في الدعوى، إلا إذا كان مضى زمان طويل من وقت العقد إلى وقت الخصومة، بحيث لا يعلم الأروج وقت العقد فحينئذٍ يشترط بيان أن الأروج في ذلك الوقت ما كان، وإن كان الدعوى بسبب القرض

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى سَأَلَ المُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْهَا) لِيَنْكَشِفَ لَهُ وَجْهُ الحُكْمِ (فَإِنِ اعْتَرَفَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِهَا)؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ مُوجِبٌ بِنَفْسِهِ،

والاستهلاك فلا بدَّ من بيان الصفة على كل حال.

وإن كان المدعى به نقرة أو كان مضروباً ذكر نوعها، وهو ما يضاف إليه، ويذكر صفتها أنَّها جيدة أو وسط أو رديئة، ويذكر قدرها أنَّها كذا درهماً وزن سبعة؛ لأن وزن الدرهم يختلف باختلاف البلدان، والذي في ديارنا وزن سبعة، وهو الذي كل عشرة منها بوزن سبعة مثاقيل، وإن كانت الفضة غير مضروبة وإن كانت خالية عن الغشِّ يذكر كذا فضة خالصة ويذكر نوعها نقرة كيلجة أو نقرة طفغاجية، ويذكر صفتها أنها جيدة أو وسط أو رديئة، وقيل: إذا ذكر طفغاجية لا حاجة إلى ذكر الجودة، وإن كان المدعى دراهم مضروبة والغش فيها غالب إن كان يتعامل بها وزناً يذكر نوعها ومقدار وزنها وصفتها، وإن كان يتعامل بها عددًا يذكر عددها، ولو ادعى الحنطة أو الشعير بالأمناء وبيَّن أوصافها فقد قيل لا تصح هذه الدعوى، وقيل تصح.

وفي الذرة والمجِّ يعتبر العرف، أمَّا في الأشياء الستة فالمقدر هو الكيل في الأربعة منها، وهي: الحنطة والشعير والتمر والملح، وفي الذهب والفضة الوزن.

ثم إن ادعى الحنطة أو الشعير مكايلة صحت الدعوى بلا خلاف، وأقام البينة على إقرار المدعى عليه بالحنطة والشعير، ولم يذكروا الصفة في الإقرار، قبلت البينة في حق الجبر على البيان، لا في حق الجبر على الأداء.

وإن ادعى الدقيق بالقفيز لا يصح؛ لانكباسه بالكبس، ومتى ذكر الوزن صحت الدعوى، ولا بدَّ أن يذكر: خُشك آرد، أو سسته، ويذكر مع ذلك: ويخته، أو ناويخته، ويذكر مع ذلك أنه جيد أو وسط أو رديء، هذا كله من «الذخيرة»، و«فصول الإمام الأستروشني».

قوله: فَإِنِ اعْتَرَفَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِهَا، ولفظ القضاء هنا مجاز للزوم؛ لأنه لمَّا أقرَّ الخصم فلا حاجة إلى قضاء القاضي.

قوله: لِأَنَّ الإِقْرَارَ بِنَفْسِهِ مُوجِبٌ، وفي «الإيضاح»: فإذا أقرَّ به ألزمه إقراره وحكم به

فَيَأْمُرُهُ بِالخُرُوجِ عَنْهُ (وَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَقَالَ لا، فَقَالَ: لَكَ يَمِينُهُ» سَأَلَ وَرَتَّبَ اليَمِينَ عَلَى فَقْدِ البَيِّنَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ السُّؤَالِ لِيُمْكِنَهُ الِاسْتِحْلَافُ.

عليه ثم قال: وإطلاق لفظ الحكم بناء على الإقرار توسّع في الكلام؛ لأن الإقرار حجة بنفسه؛ لأن الحجة ما يلزم الإنسان موجبها، وللإنسان ولاية كاملة على نفسه، فكان إقراره حجة لا تتوقف على قضاء القاضي، فكان الحكم من القاضي إلزاماً للخروج عن موجب ما أقرَّ به، وأنه على خلاف الحكم بالبينة، فإن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، فإذا قضى القاضي بالبينة فقد جعلها حجة وصار جانب احتمال الكذب ساقط العبرة في حق العمل به، فصارت البينة بمنزلة الحجج الشرعية التي يجب العمل بها كالقياس، وأخبار الآحاد، وإنما يصير حجة على هذا المثال بعد اتصال القضاء بها، فتبيَّن أن عمل قضاء القاضي في حق البينة أن يُصيِّرها حجةً، والإقرار حجة بنفسه فيلزمه الخروج عن موجب إقراره.

قوله: فَيَأْمُرُهُ بِالخُرُوجِ عَنْهُ، أي: عن موجب الإقرار، والدليل على هذا صريح ما ذكره في «الإيضاح» على ما قلنا، الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟» للمدعي من الحضرمي والكندي في حديثهما.

قوله: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَقَالَ لا، فَقَالَ: لَكَ يَمِينُهُ»، فقال: يحلف ولا يبالي، فقال: ليس لك إلا هذا شاهداك أو يمينه، فذاك تنصيصٌ على أن اليمين حق المدعي، ثم إنما جعل يمين المنكر حق المدعي - والله أعلم - أن المدعي يزعم أنه صار متوياً حقه بإنكاره، فالشرع جعل له حق استحلافه، حتى إن كان الأمر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة للمدعى عليه، فيكون اليمين إتواءً بمقابلة الإتواء، وهو مشروعٌ كالقصاص، وإن كان بخلاف ما زعم المدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقاً.

ثم إنَّما رتب اليمين على البينة لا على العكس؛ لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى للمدعي؛ لأن فيه إساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز، فوجبت إقامة البينة على المدعي لإثبات استحقاقه بها، فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الإلزام عليه، بل

....

على وجه التذكير له، فلعله يغفل عن ذلك، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه؛ إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين، ثم لو حلفناه أولًا ثم أقام المدعي البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة، وأثر كون اليمين حق المدعي هو أن اليمين لا يستوفى إلا بطلبه.

فإن قيل: كيف يستحقها بنفس الدعوى؟

قلنا: كما يستحق الإحضار، والجواب على ما ذكرنا من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ۝٤٨﴾ [النور: ٤٨]، والمعنى فيه هو أن دعوى المدعي وإنكار المدعى عليه خبران قد تعارضا، ولا يتمكن القاضي من تركهما على ذلك؛ لما فيه من امتداد الخصومة بينهما، فلا بدَّ من طلب رجحان جانب الصدق في خبر أحدهما، وذلك في بينة المدعي، أو يمين المدعى عليه، إلى هذا أشار في «المبسوط».

فإن قلتَ: ما وجه تخصيص جانب المدعي بالبينة وجانب المدعى عليه باليمين، ولم ينعكس مع أن المعنى المطلوب من هذا، وهو إظهار صدق كل واحد منهما في هذا، يتحقق في العكس أيضًا، وما وجه تخصيص عدد الاثنين في البينة؟

قلتُ: ذاك لمعنى فقهي بعد ورود الشرع به، وهو أن كل واحد من المدعي والمدعى عليه محتاج إلى نوع تأكيد ليتَرجح جانب صدقه على الآخر، وإن لم يكن ذلك المؤكد حجة ملزمة، ثم إن المدَّعى عليه متمسك بما هو الأصل؛ لأن الأصل براءة الذمم، وأن تكون الأملاك في يد الملاك فهو غير محتاج إلى شيءٍ آخر يُؤكد قوله؛ لتمسكه بالأصل، وإنَّما المحتاج إليه المدعي لدعواه ما هو خلاف الظاهر، فلمَّا جاء المدعي بشاهد واحد تقوى صدقه، لكن صدق المدعى عليه متقوٍ من جهة أخرى أيضًا بشهادة الأصل له على ما ذكرنا، فاستويا في احتمال غلبة الصدق لتساويهما فيما يوجب الترجيح، فوقعت المعارضة واحتيج إلى الترجيح، فترجح جانب المدعي بانضمام الشاهد الثانِي إلى الأول، والمعنى في انضمام الشاهد الثانِي إلى جانب المدعي دون جانب المدعى عليه ظاهر، وهو علة مجانسة الشهود، أو مجانسة انضمام الحادث إلى الحادث؛ لأن الشاهدين كليهما حادثان.

وأمَّا لو قلنا باليمين على المدعي فلا يخلو: إمَّا أن يقول قبل ترجح جانب المدعي

قَالَ: (فَإِنْ أَحْضَرَهَا قُضِيَ بِهَا) لِانْتِفَاءِ التُّهَمَةِ عَنْهَا (وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ، اسْتَحْلَفَهُ عَلَيْهَا) لِمَا رَوَيْنَا، وَلا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ لِأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ كَيْفَ أُضِيفَ إِلَيْهِ بِحَرْفِ اللَّامِ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ.

بشاهد واحد أو بعده، لا وجه للقول قبله؛ لأن ذلك يوجب الترجيح قبل المعارضة، والمعارضة إنما تكون بالمساواة، ولا مساواة لقول المدعي مع قول المدعى عليه؛ لرجحان قول المدعى عليه على ما ذكرنا، ولا وجه بعده أيضاً لانعدام علة مجانسة الضم؛ لأن اليمين ليست من جنس الشهود، بخلاف الشاهد الثاني فإنه من جنس الشاهد الأول؛ ولأن معنى الإتواء بمقابلة الإتواء الذي هو المشروع، كما في القصاص إنَّما يتحقق أن لو جعل اليمين في جانب المدعى عليه؛ لأن المدعى عليه لمَّا أتوى مال المدعي بإنكاره جعل الشارع إتواء نفسه باليمين الكاذبة على زعم المدعي في جانب المدعى عليه، ولو جعل اليمين على المدعى لا يحصل هذا المعنى، فلذلك تعين جانب المدعي بالبينة وجانب المدعى عليه باليمين.

قوله: لِانْتِفَاءِ التُّهَمَةِ عَنْهَا، أي: عن الدعوى.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لَكَ يَمِينُهُ».

قوله: وَلا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ - أي: طلب الاستحلاف - لِأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ - أي: حق المدعي - أَلا يَرَى أَنَّهُ كَيْفَ أُضِيفَ إِلَيْهِ بِحَرْفِ اللَّامِ، أي: أضيف إلى المدعي بحرف اللام بقوله عليه الصلاة والسلام: «لَكَ يَمِينُهُ».

ثم اعلم أن يمين المدعى عليه كما هي حق المدعي، من حيث أنَّها لا تستوفى بدون طلبه، وهي أيضاً حق للمدعى عليه من حيث أن شرعيتها إنَّما كانت لإظهار صدق المدعى عليه، وما كان يرجح صدق الإنسان كان حقًّا له، إلى هذا أشار في «المبسوط»، والله تعالى أعلم بالصواب.

(بَابُ اليَمِينِ)

(وَإِذَا قَالَ المُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ وَطَلَبَ اليَمِينَ لَمْ يُسْتَحْلَفْ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، مَعْنَاهُ حَاضِرَةٌ فِي المِصْرِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُسْتَحْلَفُ لِأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ بِالحَدِيثِ المَعْرُوفِ، فَإِذَا طَالَبَهُ بِهِ يُجِيبُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ ثُبُوتَ الحَقِّ فِي العَيْنِ مُرَتَّبٌ عَلَى العَجْزِ عَنْ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ؛ لِمَا رَوَيْنَا،

بـابُ اليمين

وهذا التَّرتيب من الترتيب الوجودي؛ لما أن مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البينة، فلمَّا ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر في هذا الباب حكم اليمين.

قولـه: مَعْنَاهُ حَاضِرَةٌ فِي المِصْرِ، احترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم، فإن البينة لو كانت حاضرة في مجلس الحكم لا يجوز الحكم باليمين بالاتفاق، فإن طلب الخصم وقالا: إذا لم يكن الشهود في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف، وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه بإقرار المدعى عليه أو نكوله عن اليمين، فيتوسل إلى حقه في الحال فكان له أن يطلب يمينه، فأبو حنيفة رحمه الله يقول: إن المنكر إنَّما يكون متلفاً حق المدعي بإنكاره إذا لم يكن له شهود حضور، ولو استحلف القاضي الخصم مع حضور الشهود لكان في ذلك افتضاح المسلم إذا أقام المدعي البيّنة بعد ذلك، كذا في «المبسوط».

قولـه: لِأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ بِالحَدِيثِ المَعْرُوفِ، وهو قوله عليه الصَّلاة والسلام: «لَكَ يَمِينُهُ»، حيث أضاف إليه اليمين بلام الملك.

قولـه: أَنَّ ثُبُوتَ الحَقِّ فِي العَيْنِ مُرَتَّبٌ عَلَى العَجْزِ عَنْ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ لِمَا رَوَيْنَا، وهو

فَلَا يَكُونُ حَقُّهُ دُونَهُ، كَمَا إِذَا كَانَتِ البَيِّنَةُ حَاضِرَةً فِي المَجْلِسِ. وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ فِيمَا ذَكَرَهُ الخَصَّافُ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيمَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ.

قَالَ: (وَلَا تُرَدُّ اليَمِينُ عَلَى المُدَّعِي) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» قَسَمَ وَالقِسْمَةُ تُنَافِي الشَّرِكَةَ، وَجَعَلَ جِنْسَ الأَيْمَانِ عَلَى المُنْكِرِينَ وَلَيْسَ وَرَاءَ الجِنْسِ شَيْءٌ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قوله عليه الصَّلاة والسلام للمدعي: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَقَالَ لَا، فَقَالَ: إِذَنْ لَكَ يَمِينُهُ»، حيث شرط للاستحلاف أن لا يكون للمدعي شهود حضور، كذا في «المبسوط».

قوله: فَلَا يَكُونُ حَقُّهُ دُونَهُ، أي: لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن إقامة البينة، أي: بغير العجز عن إقامة البينة لا يكون له ولاية الاستحلاف.

قوله: وَلَا تُرَدُّ اليَمِينُ عَلَى المُدَّعِي، وهذه المسألة تجيء بُعيد هذه بقوله: وَإِذَا نَكَلَ المُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ اليَمِينِ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ، إلى آخره.

قوله: وَجَعَلَ جِنْسَ الأَيْمَانِ عَلَى المُنْكِرِينَ وَلَيْسَ وَرَاءَ الجِنْسِ شَيْءٌ، فإن قلتَ: هذا التمسك بِهذا الحديث المذكور إنما يصح أن لو تعين الخارج لكونه مدعيًا، وصاحب اليد لكونه منكرًا وليس كذلك؛ لأن كل واحد منهما يصلح أن يكون مدعيًا من وجه ومنكرًا من وجه؛ لأن كل واحد منهما يقول لصاحبه: هذا الشيء لي وليس لك، وإذا كان كذلك تقبل بينة الخارج من حيث أنه مدع، ويقبل يمينه من حيث أنه منكر، والدليل على صحة هذا مسألة المتبائعين إذا اختلفا في ثمن المبيع، حيث يسمع يميناهما وبينتاهما جميعًا، فعلى هذا التقدير لم يكن في الحديث دليل على أن اليمين لم تشرع على المدعي.

قلتُ: التمسك بِهذا الحديث على هذا الوجه صحيح؛ وذلك لأن ظاهر قوله عليه الصَّلاة والسلام: «البينه على المدعي واليمين على من أنكر» يقتضي أن لا بينة إلا على المنكر والمنكر غير المدعي؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام قسم الخصوم فجعل قسمًا

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ اليَدِ فِي المِلْكِ المُطْلَقِ، وَبَيِّنَةُ الخَارِجِ أَوْلَى) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْضَى بِبَيِّنَةِ ذِي اليَدِ لِاعْتِضَادِهَا بِاليَدِ فَيَتَقَوَّى الظُّهُورُ وَصَارَ كَالنِّتَاجِ،

مدعيًا وقسمًا منكرًا، وقسم الحجج نوعين فجعل نوعًا على المدعي ونوعًا على المنكر، والقسمة تقتضي التميز فميزنا على هذا الوجه، وهو أن جعلنا الخارج مدعيًا والمدعى عليه منكرًا؛ لأن أول أقوالهما في الخصومة على هذا الطريق؛ ولأن ما يصدر من أول أقوال المدعي هو دعوى ما في يد المدعى عليه، وأول أقوال المدعى عليه في جوابه إنكار ما ادَّعاه، فسمى كل واحد منهما بأول ما يصدر منهما جميعًا في الخصومة مقصودًا، والمقصود هو المقدم، وما ذكرته من إنكار المدعي لإنكار المدعى عليه، ودعوى المدعى عليه لما في يده وقع ضمنًا لا قصدًا، فلا يستحقان للأسماء المميزة في بيان الشرع بالمعانِي الضمنية، وأمَّا حكم المتبائعين من قبول بينتهما ويمينهما، فحكم ثبتَ بالنص بخلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره، إلى هذا أشار في «الأسرار».

قوله: وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ اليَدِ فِي المِلْكِ المُطْلَقِ، قيَّد بالملك المطلق احترازًا عن الملك المقيد بدعوى النتاج، وعن الملك المقيد بما إذا ادَّعيا تلقي الملك من واحد وأحدهما قابض، وبما إذا ادَّعيا الشراء من اثنين وأرخا وتاريخ ذي اليد أسبق، فإن في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالإجماع، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَبَيِّنَةُ الخَارِجِ أَوْلَى، يعني أن بينة الخارج وبينة ذي اليد إذا تعارضتا على الملك المطلق، فبينة الخارج أَوْلَى بالقبول عندنا، وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تَهاترت البينتان، ويكون المدعى لذي اليد تركًا في يده، وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك، وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد، فيقضى به لذي اليد قضاء ملك بالبينة.

قوله: وَصَارَ كَالنِّتَاجِ، بأن ادَّعى كل واحد من الخارج وذي اليد أن هذه الدابة نتجت عنده، وأقاما البينة على ذلك، ولأحدهما يد فإنه يقضى لصاحب اليد.

وكذلك إذا تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة وهي في يد أحدهما، فصاحب اليد أَوْلَى.

وَالنِّكَاحِ، وَدَعْوَى المِلْكِ مَعَ الإِعْتَاقِ، وَالِاسْتِيلَادِ، وَالتَّدْبِيرِ.

وَلَنَا أَنَّ بَيِّنَةَ الخَارِجِ أَكْثَرُ إِثْبَاتًا أَوْ إِظْهَارًا لِأَنَّ قَدْرَ مَا أَثْبَتَهُ اليَدُ لا يُثْبِتُهُ بَيِّنَةُ ذِي اليَدِ،

قوله: وَدَعْوَى المِلْكِ مَعَ الإِعْتَاقِ، بأن يكون عبد في يدي رجل أقام الخارج البينةَ أنه عبده أعتقه، وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه، فبينة ذي اليد أوْلَى من بينة الخارج على العتق، ذكره في باب العتاق من دعوى «المبسوط»، ثم قال هناك: لأن المقصود هناك إثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب، وإنَّما أثبته كل واحد منهما على العبد، فلمَّا استوت البينتان في الإثبات يترجح جانب ذي اليد بيده، وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير.

قوله: وَلَنَا أَنَّ بَيِّنَةَ الخَارِجِ أَكْثَرُ إِثْبَاتًا، فكان أولى بالقبول، بدليل البائع مع المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن فالبائع يقول: كان الثمن ألفين، والمشتري يقول: ألفاً، وأقاما البينة على ما ادعيا فبينة البائع أوْلَى لما قلنا، فكذا هاهنا.

وتحقيق هذا الكلام ظاهر، وهو أن البينات شرعت لإثبات الحقوق، فأيّهما كانت أكثر إثباتاً كانت هي أوْلَى؛ لأن الأخرى لا تعارضها؛ لأنه إنما يصار إلى الترجيح إذا استوت الحجتان، فأمَّا إذا لم تستويا لا يُصار إلى الترجيح، وهاهنا لا مساواة بين بينة المدعي وبين بينة صاحب اليد؛ لأن المدعي ببينته يثبت الملك ابتداءً؛ لأن الملك لم يكن له فالآن يثبت ببينته، والمدعى عليه لا يثبت الملك؛ لأن الملك ثابت له بظاهر اليد، وبينة الخارج لم توجب زوال ملكه؛ لأنها لا توجب الملك بنفسها، وإنما تصير موجبة للحكم عند اتصال القضاء بها، فقبل القضاء يكون الملك ثابتاً للمدعى عليه كما كان، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة للملك، إنما هو مؤكد لملك ثابت، والتأكيد إثبات وصف للموجود لا إثبات أصل الملك، وبينة الخارج تثبت أصل الملك، فيصحّ قولنا أنَّها أكثر إثباتاً فكانت أوْلَى بالقبول، ولا يلزم على كلامنا مسألة النتاج وما يشبه النتاج من النسخ الذي لا يتكرَّر ونحوه؛ لأن البينتين استوتا في الإثبات؛ لأنَّهما قامتا على النتاج وأنه توجب أولية الملك لصاحبه، واليد دليل على مطلق الملك لا على أولية الملك، فصاحب البينة يثبت ببينته ما ليسَ بثابت له كالخارج فاستويا، ثمَّ اليد دليل على بقاء ذلك الملك فصارت مرجحة.

إِذِ اليَدُ دَلِيلُ مُطْلَقِ المِلْكِ، بِخِلَافِ النِّتَاجِ؛ لِأَنَّ اليَدَ لا تَدُلُّ عَلَيْهِ،

وأمَّا هاهُنا فالكلام في مطلق الملك من غير تعرض للسبب ولا للوقت، فكانت الدعوى واقعة في الملك في الحال، واليد تدلُّ عليه فيكون الثابت بالبينة ثابتاً بظاهر اليد، فكان عمل بينة صاحب اليد في توكيل هذا الثابت، فافترقا من هذا الوجه، كذا في «الطريقة البُرغريَّة».

وقوله: وَلَنَا أَنَّ بَيِّنَةَ الخَارِجِ أَكْثَرُ إِثْبَاتًا - أي: في علم القاضي - أَوْ إِظْهَارًا، أي: في الواقع، فإن الخارج ببينته يظهر ما كان ثابتاً في الواقع.

قوله: بِخِلَافِ النِّتَاجِ، يعني إذا ادَّعى كل واحد من الخارج وذي اليد النتاج فبينة صاحب اليد أوْلَى.

فإن قيل: فعلى ما ذكرتَ من أن البينتين أيّهما أكثر إثباتاً كانت أوْلَى، ينبغي أن يقبل بينة الخارج في دعوى النتاج أيضاً؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت اليد والنتاج، وببينة صاحب اليد تثبت النتاج لا غير، فكانت هي أقل إثباتاً.

قلنا: إنَّما رجحنا بينة الخارج في غير النتاج؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لأنه يثبت الملك على خصم هو مالك، وبينة ذي اليد لا تثبت الملك على خصم هو مالك؛ لأن بمجرد إقامة الخارج البينة لم يثبت الاستحقاق له قبل القضاء، فلا يصير هو مقضيًّا عليه لو قضى ببينة ذي اليد، وإذا قضى ببينة الخارج صار ذو اليد مقضيًّا عليه، فلزيادة الإثبات رجحنا بينة الخارج، بخلاف دعوى النتاج فإن كل واحد من البينتين هناك تثبت أولية الملك لصاحبه، وذلك لا يكون استحقاقاً على غيره، ولهذا لا يصير ذو اليد مقضيًّا عليه إذا أقام البينة على النتاج، حتى لو أقام ذو اليد البينة على النتاج بعد قضاء القاضي للخارج وجب قبول بينته، فلمَّا استويا في الإثبات رجَّحنا بينة ذي اليد، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الإيضاح»: وإذا ثبتَ أن معنى البينة هو الإثبات نقول: الخارج يثبت على ذي اليد ملكاً لم يكن ثابتاً، فأمَّا ذو اليد فلا يثبت على الخارج ملكاً لم يكن ثابتاً، فلا يقبل بينته إلا على سبيل الدفع لبينة المدعي، ولهذا لم يقبل بينة ذي اليد قبل بينة الخارج على أصل؛ لأنه لا حاجةَ إلى الدفع، وهذا أصل هذه المسائل، وهو أن بينة الخارج تقبل للإثبات

وَكَذَا عَلَى الإِعْتَاقِ وَأُخْتَيْهِ وَعَلَى الوَلَاءِ الثَّابِتِ بِهَا.

وبينة ذي اليد تقبل إذا كانت متضمنة لدفع بينة الخارج، فإذا قامت البينتان على مطلق الملك كانت بينة الخارج في محلها؛ لأنَّها قامت للإثبات، وليس في بينة ذي اليد ما يدفع بينة الخارج فلم تقبل، فأمَّا المسائل الإلزامية فخارجة على هذا الأصل، فإنَّهما إذا تنازعا في النتاج فبينة صاحب اليد متضمنة لدفع بينة الخارج؛ لأنَّها تقوم على أولية الملك، وأولية الملك لا تثبت إلا لأحدهما، فإذا قدرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج، بخلاف مطلق الملك؛ لأنه يتصور ثبوت الملك لهما على التعاقب إن لم يتصور على الانتظام، فلم يكن في ظاهر بينة ذي اليد ما يدفع بينة الخارج فلا تقبل.

فإن قلتَ: ما جوابنا عن قول من قال: ينبغي أن يبقي العين عند تعارض البينتين في الملك المطلق في يد ذي اليد كما كان قبل التعارض، كما في الأدلة الشرعية؛ وهذا لأنه لمَّا تعارضت البينتان تيقن القاضي بكذب أحدهما؛ لأن العين الواحد في وقتٍ واحدٍ لا يكون كلها ملكاً لكل واحد منهما، فبطلت البينتان وبقي العين في يد ذي اليد بحكم يده؛ لأن البينة في إيجاب الحكم على القاضي بمنزلة الأدلة الشرعية في إيجاب الحكم على الكل.

قلتُ: الفرق بينهما ظاهر، وهو أن الأدلة الشرعيَّة حجة في النفي والإثبات فيتحقق التعارض، وهاهنا البينات للإثبات لا للنفي، وحاجة ذي اليد إلى نفي استحقاق الخارج، فلم يتحقق التعارض لذلك، فلمَّا لم يعارض بينة ذي اليد ببينة الخارج صار وجودها بمنزلة عدمها، فلو قامت بينة الخارج عند عدم بينة ذي اليد كان الحكم للخارج، فكذا إذا قامت بينة ذي اليد عند معارضتها، إلى هذا أشار في «المبسوط».

وقوله: وَكَذَا عَلَى الإِعْتَاقِ وَأُخْتَيْهِ، أي: اليد لا يدل على الإعتاق والاستيلاد والتدبير، فتعارضت بينة الخارج مع بينة ذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد.

وذكر في «الذخيرة»: بخلاف ما لو تنازعا في عبد ادَّعى كل واحد أنه عبده دبره، أو أعتقه، وأقاما البينة فإنه يقضى ببينة صاحب اليد؛ لأن هناك الدعوى في الحاصل في الولاء؛ لأن العتق حاصل للعبد بتصادقهما، وقد استوت البينتان في إثبات الولاء وترجح صاحب اليد بحكم يده، ثمَّ قال: هذا إذا لم يذكرا تاريخاً، فأمَّا إذا ذكرا تاريخاً إن كان تاريخهما

قَالَ: (وَإِذَا نَكَلَ المُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ اليَمِينِ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ وَأَلْزَمَهُ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يُقْضَى بِهِ بَلْ يَرُدُّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعِي، فَإِذَا حَلَفَ يَقْضِي بِهِ؛ لِأَنَّ النُّكُولَ يَحْتَمِلُ التَّوَرُّعَ عَنِ اليَمِينِ الكَاذِبَةِ وَالتَّرَفُّعَ عَنِ الصَّادِقَةِ وَاشْتِبَاهَ الحَالِ فَلَا يَنْتَصِبُ حُجَّةً مَعَ الِاحْتِمَالِ، وَيَمِينُ المُدَّعِي دَلِيلُ الظُّهُورِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ. وَلَنَا أَنَّ النُّكُولَ دَلَّ عَلَى كَوْنِهِ بَاذِلًا أَوْ مُقِرًّا، إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى اليَمِينِ إِقَامَةً

على السواء يقضى للخارج منهما؛ لأن عند استوائهما في التاريخ يسقط اعتبار التاريخ وتبقى الدعوى في الملك المطلق، وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق، إذا احتجا على التاريخ فيقضى لأسبقهما، ثم إن كان أسبقهما تاريخـًا الخارج فلا إشكالَ؛ لأنّهما لو كانا في التاريخ على السواء كان يقضى للخارج، فإذا كان هو سابقـًا في التاريخ كان أوْلَى، فإن كان أسبقهما تاريخـًا ذا اليد فلأنه أثبت الملك في وقت سابق على وقت الخارج، ففي بينته زيادة إثبات واستحقاق من حيث الوقت، وفي بينة الخارج زيادة استحقاق من حيث أنه يستحق على صاحب اليد الملك الثابت له بظاهر اليد، فاستويا في إثبات الاستحقاق من هذا الوجه، وترجح بينة صاحب اليد بحكم اليد، كما في دعوى النتاج أن كل بينة لمّا أثبت أولية الملك لصاحبها، ولم يحتمل التملك في هذا من جهة صاحبه واستويا في الإثبات، رجَّحنا بينة ذي اليد بحكم اليد؛ لأن يده دليل على زيادة صدقه في دعواه، فكذا هنا.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُقْضَى بِهِ بَلْ يَرُدُّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعِي، فإن حلف أخذ المال، وإن أبى انقطعت المنازعة بينهما والترفع عن الصادقة كما فعله عثمان رضي الله عنه، فإنه نكل عن اليمين وقال: أخاف أن يوافقه قضاءً، فيقال إن عثمان حلف كاذبـًا، فلمّا احتمل لم يكن حجة.

قوله: وَلَنَا أَنَّ النُّكُولَ دَلَّ عَلَى كَوْنِهِ بَاذِلًا - أي: على قول أبي حنيفة رحمه الله - أَوْ مُقِرًّا - أي: على قولهما - إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى اليَمِينِ إِقَامَةً لِلْوَاجِبِ؛ لأنه عليه الصّلاة

لِلْوَاجِبِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ،

والسلام قال: «واليمين على من أنكر» وكلمة على للوجوب.

فإن قلتَ: هذا التعليل كله في معرض النص فلا يسمع؛ لأن الحديث المعروف وهو قوله عليه الصَّلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» دلَّ على أن فصل الخصومات إمَّا بالبينة أو باليمين لا بغيرهما، فمن فصل بالنكول فقد فصل بغير المشروع؛ ولأن اليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهدًا له، فبنكوله صار الظاهر شاهدًا للمدعي، فتعود اليمين إلى جانب المدعى، ولهذا بدأنا بالأيمان من جانب الزوج في اللعان لشهادة الظاهر له، فلا يكون فراشه كاذباً وإن كان هو مدعياً، وبدأنا في القسامة بيمين الولي لشهادة الظاهر له وإن كان مدعياً؛ ولأن ما قاله الشافعي رحمه الله مؤيَّد بما رُوي عن علي رضي الله عنه، فإنه حلف المدَّعي بعد نكول المدعى عليه.

قلتُ: أمَّا الحديث المعروف ففيه أن الفصل ببينة المدعي إن وجدت، أو بيمين المنكر إن وجدت، وإن عدمتا فلا ذكر له فوجب طلب الفاصل بالرأي، وأمَّا اللعان فإن كلمات اللعان شهادات عندنا مؤكدات بالأيمان، مقرونة باللعن، قائمة مقام حدِّ القذف، فكان معنى اليمين فيها غير مقصود، وقد مرَّ؛ ولأن معنى اليمين في اللعان قائمٌ مقام الحد وجبَ أصالةً لا خلفاً، فلا يمكن الإيفاء إلا بكلمات اللعان، فأمَّا اليمين هاهنا صارت حقًّا للمدعي إذا عدمت البينة وليست بأصل؛ لأنه لا يدعيها فثبتَ أنه خلف عن أصل، والأصل ما ادعياه من المال، وإذا كان كذلك لم يمكن قياس هذا عليه.

وكذلك اليمين في دعوى القصاص يثبت بطريق الإصالة؛ لأن المدعى عليه لو قال: إنِّي لا أعرف ما تقول ولا أنازعك فيما تدعي، لم يمكنه القاضي من القتل لعصمة أوجبها الله تعالى حقًّا للآدمي عن التناول إلا بذنب، بخلاف المال فإن ذا اليد لو قال: إنِّي لا أعرف ما تقول ولكنِّي لستُ بمنازع إيَّاك على أخذك، مكَّن القاضي المدعي من أخذه، فثبتَ أن اليمين في دعوى القصاص لم تجب خلفاً عن حق له في القتل، ولكن وجب أصلًا للمدعي بنفس الدعوى بلا بينة تعظيماً لأمر الدماء، كما في قتيل المحلة يجب القسامة مع الدية، ولمَّا وجب أصلًا لم يمكن الإيفاء إلا بها عينها، فيحبس حتى يحلف لمَّا لم يجز فيه النيابة، وهذا كما

فَتَرَجَّحَ هَذَا الجَانِبُ، وَلَا وَجْهَ لِرَدِّ اليَمِينِ عَلَى المُدَّعِي لِمَا قَدَّمْنَاهُ.

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لَهُ إِنِّي أَعْرِضُ عَلَيْكَ اليَمِينَ ثَلَاثًا، فَإِنْ حَلَفْتَ وَإِلَّا قَضَيْتَ عَلَيْكَ بِمَا ادَّعَاهُ) وَهَذَا الإِنْذَارُ لِإِعْلَامِهِ بِالحُكْمِ إِذْ هُوَ مَوْضِعُ الخَفَاءِ.

قلنا في مانع الزَّكاة أن القاضي يحبسه حتى يؤدي ولا يأخذ بنفسه؛ لأن الزكاة لا تتأدى بمثله.

وأمَّا ما رُوي عن علي رضي الله عنه أنه حلف المدعى فكان ذلك بناءً على مذهبه؛ لأنه كان يحلف المدعي مع تمام حجة القضاء بالبينة، ولسنا نأخذ بذلك، ثم مذهبنا أيضًا مؤيَّد بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ورُوي عن عليٍّ رضي الله عنه أيضًا موافقة الإجماع، فإنه رُوي عن شريح رحمه الله أن المنكر طلب منه رد اليمين إلى المدعي فقال: ليس لك إليه سبيلٌ، فقضى بالنكول بين يدي عليٍّ، فقال له عليٌّ رضي الله عنه: (قالون)، وهي بلغة الرومية: أصبتَ، ورُوي عن عمر رضي الله عنه أن امرأة ادعت على زوجها أنه قال لها: حبلك على غاربك، فحلفَ عمر رضي الله عنه الزوج بالله ما أردتُّ طلاقًا، فنكل فقضى عليه بالفرقة، وكذا رُوي عن ابن عباس رضي الله عنه، وهو مذهب أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، هذا كله من «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: فَتَرَجَّحَ هَذَا الجَانِبُ، أي: جانب كونه باذلًا أو مقرًّا على جانب التورع؛ لأن الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة، دون الترفع عن اليمين الصادقة، فلذلك ترجح هذا الجانب في نكوله؛ ولأنه لا يتمكن من الترفع عن اليمين الصادقة إلا ببذل المال؛ لأنه إنَّما يترفع ملتزمًا للضرر لا ملحقًا بالغير يمنع الحق، كذا في «المبسوط».

ولا يجوز أن يكون لاشتباه الحال؛ إذ لو كان كذلك لاستمهل من القاضي لينكشف عليه الحال.

قوله: وَلَا وَجْهَ لِرَدِّ اليَمِينِ ... لِمَا قَدَّمْنَاهُ، إشارة إلى قوله: وَلَا تُرَدُّ اليَمِينُ عَلَى المُدَّعِي؛ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -، إلى آخره.

قوله: لِإِعْلَامِهِ بِالحُكْمِ - أي: الحكم بالنكول - إِذْ هُوَ مَوْضِعُ الخَفَاءِ؛ لأن القضاء

قَالَ: (فَإِذَا كَرَّرَ العَرْضَ عَلَيْهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ) وَهَذَا التَّكْرَارُ ذَكَرَهُ الخَصَّافُ - رَحِمَهُ اللهُ - لِزِيَادَةِ الاِحْتِيَاطِ وَالمُبَالَغَةِ فِي إِبْلَاءِ العُذْرِ، فَأَمَّا المَذْهَبُ أَنَّهُ لَوْ قُضِيَ بِالنُّكُولِ بَعْدَ العَرْضِ مَرَّةً جَازَ؛ لِمَا قَدَّمْنَاهُ هُوَ الصَّحِيحُ وَالأَوَّلُ أَوْلَى، ثُمَّ النُّكُولُ قَدْ يَكُونُ حَقِيقِيًّا كَقَوْلِهِ لا أَحْلِفُ، وَقَدْ يَكُونُ حُكْمِيًّا بِأَنْ يَسْكُتَ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الأَوَّلِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لا آفَةَ بِهِ مِنْ طَرَشٍ أَوْ خَرَسٍ هُوَ الصَّحِيحُ.

بالنكول مجتهد فيه، فإن عند الشافعي رحمه الله لا يحكم بالنكول، بل يردّ اليمين إلى المدعي، فإن نكل المدعي انقطعت الخصومة على ما ذكرنا.

قوله: لِمَا قَدَّمْنَاهُ، وهو قوله: وَلَنَا أَنَّ النُّكُولَ دَلَّ عَلَى كَوْنِهِ بَاذِلًا، إلى آخره.

قوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن قول بعضهم فإنهم قالوا: لو قضى القاضي بالنكول في المرة الأولى لا ينفذ.

قوله: وَالأَوَّلُ أَوْلَى، أي: العرض ثلاث مرات أولى، أي: القضاء بالنكول بعد العرض مرَّة جائز، ولكن الأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات، وإن كان القضاء بالنكول بعد العرض مرَّة جائزًا، فصار هذا كإمهال المرتد ثلاثة أيام، فإنه أَوْلَى، وإن قتل ولم يمهل جاز، كذا في «أدب القاضي».

الطرشُ: أهون الصمم، يقال هو مولد.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» صورةَ المسألة وقال: رجل قدم رجلًا إلى القاضي فادَّعى عليه مالًا أو ضيعةً في يده، أو حقًّا من الحقوق فأنكر واستحلفه القاضي، فإن أبى أن يحلف فإنه ينبغي للقاضي أن يقول له: إنِّي أعرض عليك اليمين ثلاث مرَّات، فإن حلفتَ وإلا ألزمك المدعى، ثم يقول له القاضي: احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه، فإن أبى أن يحلف في المرَّة الأولى يقول له في المرَّة الثانية كذلك، فإن أبى أن يحلف في المرة الثانية يقول له: بقيت الثالثة ثم أقضي عليك إن لم تحلف، ثم يقول له ثالثًا: احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه، فإن أبى أن يحلف يقضى

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَى نِكَاحًا لَمْ يُسْتَحْلَفِ الْمُنْكِرُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

عليه بدعوى المدعى، وإن قضى القاضي بالنكول في المرة الأولى نفذ قضاؤه، ثم إن كان الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعى على دعواه؛ لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة، واليمين عند غير القاضي غير قاطعة، وإن كان الاستحلاف الأول من القاضي لا يحلفه ثانياً، وكذا لو اصطلحا على أن المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال، وحلف فالصّلح باطل ولا شيء على المدعى عليه.

وذكر الإمام اللامشي رحمه الله: أن المدعي لو قال: إن حلف المدعى عليه فأنا بريءٌ، أو قال: فدعواي باطلة لا يبطل دعواه، كذا في «الفصول».

ثم إذا قطع القاضي الخصومة بيمين المدعى عليه بين الخصمين فالمدعي على دعواه بعد ذلك أيضاً، ولكن لا يخاصم المدعى عليه ما لم تقم له البينة على وفق دعواه، فإذا وجد بينةً في جواز إقامة البينة بعد يمين المدعى عليه فله ذلك؛ لأنه ذكر في «المبسوط» في باب الاستحلاف من أدب القاضي: وبعض القضاة من السَّلف كانوا لا يسمعون البينة بعد يمين الخصم، وكانوا يقولون كما يترجح جانب الصدق في جانب المدعي بالبينة، ويتعين ذلك حتى لا ينظر إلى يمين المنكر بعده، فلذلك يتعين جانب الصدق في جانب المدعى عليه إذا حلف، فلا يلتفت إلى بينة المدعى بعد ذلك، ولسنا نأخذ بذلك، وإنما نأخذ فيه بقول عمر رضي الله عنه فقد جوَّز قبول البينة من المدعي بعد يمين المدعى عليه، وبقول شريح رحمه الله قال: اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة، ولسنا نقول بيمين المدعى عليه يتعين معنى الصدق في إنكاره، ولكن المدعي لا يخاصمه بعد ذلك؛ لأنه لا حجة له؛ لأن حجة المدعي أحد الأشياء الثلاثة: البينة، أو إقرار الخصم، أو نكوله، فإذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها.

ثم إن المدعي إذا أقام البينة بعد يمين المدعى عليه هل يظهر كذب المدعي أم لا؟ ذكر في «الفصول» محالًا على «فتاوى رشيد الدين»: أن المديون إذا حلف أن لا دين عليه ثم أقام المدعي بينةً على الدين عند محمد رحمه الله لا يظهر كذبه في يمينه، وعند أبي يوسف رحمه الله يظهر كذبه في يمينه، والفتوى في مسألة الدين أنه إذا ادعى المال من غير السبب فحلف،

اللهُ -، وَلَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَهُ فِي النِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالفَيْءِ فِي الإِيلَاءِ وَالرِّقِّ وَالاِسْتِيلَادِ وَالنَّسَبِ وَالوَلَاءِ وَالحُدُودِ وَاللِّعَانِ.

ثم أقام البينة يظهر كذبه، وإن ادعى الدين بناءً على السبب هل يظهر كذب المدعى عليه بعد اليمين إذا قامت على خلافه ثم حلف أنه لا ذين له عليه ثم أقام البينة على السبب لا يظهر كذبه بالبينة؛ لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الإبراء بعده أو الإيفاء.

وفي الباب الأول من شهادات الجامع: رجل قال: إن امرأته طالق إن كان لفلان عليه شيءٌ، فشهد شاهدان أنَّ فلاناً أقرضه ألف درهم قبل اليمين فقضى القاضي بالمال لا يحنث، ولو شهدا أن لفلان عليه ألف درهم، وقضى القاضي بذلك يحنث في يمينه، والمعنى في ذلك أنه جعل شرط حنثه وجوب شيءٍ من المال عليه وقت اليمين، وحين شهدوا على القرض لم يظهر كون المال عليه وقت اليمين، بخلاف ما لو شهدوا أنَّ المال عليه.

قوله: وَلَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَهُ فِي النِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ، إلى آخره، وصورة ذلك بأن ادعى رجلٌ على امرأةٍ أنه تزوجها وأنكرت المرأة ذلك، أو ادعت المرأةُ النكاحَ وأنكر الرجل، أو ادعى الرجل بعد الطلاق و انقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة وأنكرت المرأة، أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج، أو ادعى الزوج بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاءَ إليها في المدة وأنكرت المرأة، أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج، أو ادعى على مجهول أنه عبده، أو ادَّعى المجهول علي ذلك، أو اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة، أو ولاء الموالاة، أو ادعى على رجل أن المدعى عليه ولده أو والده، أو ادعت المرأة على مولاها أنَّها ولدت منه هذا الولد، أو ادعت أنَّها ولدت منه ولدًا وقد ماتَ الولد وأنَّها أم ولد له، عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف المنكر في هذه المسائل السبع، وعندهما يستحلف، وإذا نكل يقضى بالنكول.

وفي الاستيلاد لا يتصور الطرف الآخر؛ لأن المولى إذا أقرَّ به صحَّ إقراره، فلا حاجة حينئذٍ إلى الاستحلاف.

وفي اللعان لا يستحلف في قولهم، وصورته إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفاً موجباً للعان، وأنكر الزوج لا يستحلف؛ لأن موجب قذف الزوج زوجته معتبر بموجب

وَقَالَا: يُسْتَحْلَفُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَّا فِي الحُدُودِ وَاللِّعَانِ. وَصُورَةُ الإِسْتِيلَادِ أَنْ تَقُولَ الجَارِيَةُ أَنَا أُمُّ وَلَدٍ لِمَوْلَايَ وَهَذَا ابْنِي مِنْهُ وَأَنْكَرَ المَوْلَى؛ لِأَنَّهُ لَوِ ادَّعَى المَوْلَى

قذف الأجنبيّ، وفيه لا يقضى بالنكول، فهذا مثله؛ لأن كل واحد منهما يندرئ بالشبهات، حتى لا يثبت بالأبدال من الحجج، ككتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، وشهادة رجل وامرأتين، ولا يعمل فيه البذل والإباحة، وهذا كله إذا لم يكن المقصود مالًا، فإن كان المقصود دعوى مال بأن ادَّعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول بها، ولها عليه نصف المهر وأنكر يستحلف في قولهم، فإن نكل يقضى عليه بنصف المهر على ما يجيء بعدها في الكتاب.

وسُئل الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني[1] رحمه الله عن المرأة إذا كانت تعلم بالنكاح، ولا تجد بينة تقيمها لإثبات النكاح والزوج ينكر، ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلَّقة أبد الدهر؟ قال: يستحلفه القاضي: إن كانت هذه امرأة لك فهي طالق، حتى يقع الطلاق باليمين إن كانت امراة له لتتخلص منه وتحل للأزواج.

وذكر الصدر الشهيد في «أدب القاضي» في باب اليمين: أن الفقيه أبا الليث رحمه الله أخذ بقولهما في هذه المسألة؛ لكثرة وقوعها، وهكذا في الواقعات أيضًا، وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل إن كانت المرأة هي المدعية بالله ما هذه المرأة امرأتك بِهذا النكاح الذي ادعته، وإن كان الزوج هو المدعي تحلف بالله ما هذا زوجك على ما ادعى.

والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتًا يحلفه ويأخذ بقولهما، وإن رآه مظلومًا لا يحلفه أحدًا بقول أبي حنيفة رحمه الله، وهو كما اختاره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم، أو بغير رضاه أن القاضي إن علم بالمدعي التعنت في إباء التوكيل لا يمكنه من ذلك، ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم، وإن علم بالموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك إلا برضى الخصم، حتى يكون دافعًا للضرر من الجانبين، كذا في «الجامع

(١) جاء اللفظ في بعض النُّسخ (السَّبياني) بدل (الشَّيباني)، راجع إلى المجلد الأول (ص: ٢٠٧).

ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ بِإِقْرَارِهِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى إِنْكَارِهَا.

الصغير» لقاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله.

وفي الحدود لا يستحلف بالإجماع إلا إذا تضمن حقًّا بأن علق عتق عبده بالزنا وقال: إن زنيتُ فأنت حرٌّ، فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينةَ له عليه يستحلف المولى، حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا، كذا ذكره الصدر الشهيد في «أدب القاضي»؛ لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه إشارةً إلى قوله: **إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى الْيَمِينِ الصَّادِقَةِ إِقَامَةً لِلْوَاجِبِ**، ودفعاً للضرر عن نفسه، يعني أن النكول إقرار؛ لأن نكوله عن اليمين يدل على أنه كان كاذباً فيما أنكر لدعوى المدعي قبل هذا؛ لأنه لو لم يكن كاذباً في ذلك الإنكار لما نكل عن اليمين الصادقة؛ إذ فيه حصول الثواب له بإجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه بطريق التعظيم ودفع تهمة الكذب عن نفسه؛ لما أنه واجب على كل مسلم أن يدفع تهمة الكذب عن نفسه، وإبقاء ماله لنفسه على ما كان.

وهذه الفوائد الثلاث - أي: حصول الثواب، ودفع تهمة الكذب، وإبقاء ماله لنفسه - تحصل عند إقدامه على اليمين الصادقة عنده، فالعاقل لا يفوت الفائدة الفذَّة عند إمكان تحصيلها، فكيف يفوّت الثلاثة، فعُلم بِهذا كله أنه إنما نكل عن اليمين بسبب أنه لو حلف إنما يحلف كاذباً، واليمين الكاذبة مهلكةٌ لنفسه فكان نكوله صيانةً لنفسه عن الإهلاك باليمين الكاذبة.

وكذب اليمين إنَّما يكون إذا كان كاذباً في إنكاره فيما قبل، وتكذيبه إنكاره المتقدّم إقرار بالمال، فيلزم من هذا أن النكول إقرار بالمال، وطرديتها أن هذه الحقوق تثبت مع الشبهات، فيقضى فيها بالنكول قياساً على الأموال والوكالات والوصايا، وعكسها الحدود والقصاص؛ وهذا لأن النكول بمنزلة الإقرار لكن فيه شبهة؛ لأنه سكوت في نفسه فيكون حجةً فيما لا يسقط بالشبهات دون ما يسقط كشهادة النساء مع الرجال.

فإن قيل: يشكل على هذا ما ذكره في «الجامع»: رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف الأول، فأنكر البائع ونكل عن اليمين فردَّ

لَهُمَا أَنَّ النُّكُولَ إِقْرَارٌ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى كَوْنِهِ كَاذِبًا فِي الْإِنْكَارِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ، إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى الْيَمِينِ الصَّادِقَةِ إِقَامَةً لِلْوَاجِبِ فَكَانَ إِقْرَارًا أَوْ بَدَلًا عَنْهُ، وَالْإِقْرَارُ

عليه ثم خاصمه في النصف الباقي، فأنكر لم يلزمه ويستحلف عليه، ولو جعل النكول إقرارًا للزمه النصف الآخر بنكوله في المرَّة الأولى كما لو أقر في تلك المرَّة.

قلنا: إن النكول ليس بإقرار في نفسه، ولكن يجعل مقام الإقرار لوجوب قطع الخصومة بالإقرار أو باليمين، وإنما يلزمه القطع بقدر الحجة، فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة على الخصوص، ألا ترى أنه لا يصح إلا في مجلس القضاء؛ لأنه يثبت بحسب حاجة القاضي إليه.

وأما الإقرار فحجة لا لوجوب قطع الخصومة عليه، حتى لو أقرَّ في غير مجلس القضاء، أو قبل الدعوى صحَّ، وإذا كان كذلك يجعل النكول فيما وراء الوجوب كأنه نكل في غير مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه.

فإن قيل: الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل، فإنه يلزم المؤكل ولو جعل إقرارًا للزم الوكيل.

قلنا: إنه وإن كان كالإقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له، والموكل أدخله فيه فعليه أن يخرجه منه، كما لو استحق المبيع بعد الهلاك فإن الوكيل يضمن فيرجع به على الموكل، فأمَّا إذا أقرَّ فهو شيء لزمه باختياره الإقرار، فإنه كان ينقضي عن الدعوى بالسكوت والنكول، كما إذا ثبت الاستحقاق بإقراره يلزمه الضمان ولا يرجع به.

فإن قيل: يشكل على ما قالا مسألة ذكرها في «المبسوط» وهي: أن الرجل إذا قال: كفلتُ لك بما يقرّ لك به فلان، فادعى المكفول له على فلان مالًا، فأنكر فحلف فنكل فقضى القاضي بنكوله لا يقضى بالمال على الكفيل، ولو كان النكول إقرارًا لقضى به، قلنا: إنَّهما يقولان: أن النكول بدل عن الإقرار وليس بإقرار، ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول، بخلاف الإقرار حيث يثبت المدعى بنفس الإقرار، كذا في «الأسرار»، و«الفوئد الظهيريَّة».

قوله: فَكَانَ إِقْرَارًا أَوْ بَدَلًا عَنْهُ، بفتح الدال المهملة، أي: وكان النكول إقرارًا أو خلفًا

يَجْرِي فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ لكِنَّهُ إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ، وَالحُدُودُ تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَاللِّعَانُ فِي مَعْنَى الحَدِّ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - أَنَّهُ بَذْلٌ؛ لِأَنَّ مَعَهُ لا تَبْقَى اليَمِينُ وَاجِبَةً لِحُصُولِ المَقْصُودِ،

عن الإقرار جاز أن يكون هذا الترديد لدفع بعض هذه الشبهات التي ترد عليهما في القول بالإقرار.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى أَنَّهُ بَذْلٌ، وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها، وغير مفسر بالهبة والتمليك.

ولهذا قلنا: أن الرجل إذا ادعى نصف دارٍ على إنسانٍ، فأنكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول، وهبة نصف الدار شائعـًا لا يصح؛ لأن هبة المشاع فيما يستطاع فيه للقسمة لا تجوز، علم أن تفسير البذل ما قلنا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّ مَعَهُ لا تَبْقَى اليَمِينُ، أي: مع البذل لا يبقى اليمين علم أن النكول بذل؛ لأن اليمين تجب إذا كانت الخصومة باقيةً، وبالبذل لا يبقى الخصومة فلا تكون اليمين واجبةً.

فإن قيل: هذا المعنى مشترك، وهو أن اليمين كما لا تبقى مع البذل كذلك لا تبقى مع الإقرار، فلو جعل أبو حنيفة رحمه الله عدم بقاء اليمين مع البذل دليلًا على أن النكول بذل، كان لهما أن يجعلا عدم بقاء اليمين مع الإقرار دليلًا على أن النكول إقرار، فما وجه ترجيح مذهب أبي حنيفة رحمه الله في هذا التعليل؟

قلنا: لمَّا كان كذلك كان جعل النكول دليلًا على البذل أوْلَى من جعله دليلًا على الإقرار؛ وذلك لأنه لمَّا كان إقرارًا يكون المدعى عليه مناقضـًا لكلامه الأول؛ لأنه أنكر مرَّة، ثم لو جعل نكوله إقرارًا كان كلامه متناقضـًا، والصون عن التناقض واجب.

وما ذكره في «الأسرار» من التعليل لأبي حنيفة رحمه الله أوْلَى ممَّا ذكره في الكتاب؛ لعدم ورود صورة التناقض، وقال: ولأبي حنيفة رحمه الله أن هذه حقوق لا يستباح تناولها بالإذن ابتداءً، فلا يقضى بها بالنكول قياسـًا على القصاص في النفوس، وعلى عكسه الأموال،

وَإِنْزَالُهُ بَاذِلًا أَوْلَى كَيْ لَا يَصِيرَ كَاذِبًا فِي الْإِنْكَارِ، وَالْبَذْلُ لَا يَجْرِي فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ.

وتفسير هذا الكلام أن رجلًا لو قال للقاضي: أنا حرٌّ ولكن هذا الرجل يؤذيني بالدعوى، فأبحتُ له أن يسترقني لم يحل، وكذلك لو قال: أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فأبحتُ له أن يدعيني، وكذلك إذا قال: لستُ بمولى له وأنا حرُّ الأصل أو معتق فلان، لكن أبحتُ لهذا لم يثبت بالإباحة، وكذلك المرأة إذا قالت: أنا لستُ بامرأةٍ له ولكن أبحتُ له الإمساك بالنكاح.

ولو قال: هذا المال ليس له ولكن أبحتُ له تناوله حلَّ، وكذلك لو قال: بإزاء ما ادعى جاز وكان صلحـًا على الإنكار، وكذلك إذا قال: لم أوكله بما فعل ولكن أذنتُ للحال، وكذلك كل ما جعل للمنكر أن يثبته بإذنه، فهذا تفسير هذا الكلام، هو أن كل محل يقبل الإباحة بالإذن ابتداءً من قبله قضى عليه بنكوله، وما لا فلا، فكان هذا أَوْلَى من أن يجعله إقرارًا؛ لأن الخصومة كما تنقطع بالإقرار تنقطع بالبذل والتمليك بلا إقرار، كما تنقطع الخصومة بالصلح على الإنكار، وهو تمليك بذل الأصل فثبتَ أنه جائز في الأصل مثله، فقلنا: بالبذل الذي هو عبارة عن ترك المنازعة، لكون العمل بالبذل عملًا بأدنى الأمرين، وكون البذل أقرب إلى الإنكار الذي سبق منه أوَّلًا؛ لأن الكلام فيه، فحينئذٍ يبقى هو محقًّا في إنكاره، ويحل الأخذ للمدَّعي بدعواه التي هيَ حق عنده، وأمَّا لو جعلنا النكول إقرارًا كنَّا جعلنا المنكر كاذبـًا في حقه.

فإن قيل: لو كان هذا بذلًا مبتدأً كالهبة من قبل المقضى عليه كما في الصلح على الإنكار لقيل: إذا استحق ما أدى بقضاء لا يضمن شيئـًا آخر، كما لو صالح على إنكار فاستحق بذل الصلح فإنه لا يضمن شيئـًا، ولكن المدعي يرجع إلى الدعوى.

قلنا: لأن بذل الصلح وجب بالعقد، فإذا استحقَّ بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى، فأمَّا هاهنا فالمدعي يقول: أنا آخذ هذا بإزاء ما وجبَ لي عليه في ذمته بالقضاء، فإذا استحق رجعت بما في الذمة.

فإن قيل: فالإيجاب في الذمة ابتداء لا يصح، قلنا: بل يصح كما في الكفالة والحوالة،

وَفَائِدَةُ الِاسْتِحْلَافِ الْقَضَاءُ بِالنُّكُولِ فَلَا يُسْتَحْلَفُ، إِلَّا أَنَّ هَذَا بَذْلٌ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ فَيَمْلِكُهُ الْمُكَاتَبُ وَالعَبْدُ الْمَأْذُونُ بِمَنْزِلَةِ الضِّيَافَةِ الْيَسِيرَةِ،

فالذمَّة تقبل الشغل بالدين والحقوق بسبب صحيح كالحوالة وكذلك بالمداينات.

فإن قيل: وجوب الحكم على القاضي بالنكول دليل على أنه إقرار لا بذل؛ لأن البذل يبيح الأخذ للمدعي، ولكن لا يلزم القاضي أن يقضى به كالصلح على الإنكار.

قلنا: إذا كان البذل هو صريحاً فهو بذل من العبد فلا يلزم القاضي، وأمَّا إذا كان نكولًا فهو بذل بحكم الشرع؛ لما أن المدعي يستحق ما ادعاه بنفس الدعوى لولا منازعة المنكر بيده أو بذمته، والمدعى عليه أبطله بالمنازعة، والشرع أبطله إلى اليمين، ثم لمَّا منع المنكرُ اليمين عاد الأمر إلى الأصل بحكم الشرع، فيلزم القاضي قطع منازعته والتمكين منه بالقضاء بالأصل؛ لأنه لا يمكنه استيفاؤه منه جبْرًا، فانتقل بحكم الشرع إلى الأصل.

فإن قيل: يشكل هذا بالعبد المأذون فإنه يقضى عليه بالنكول، وكذلك الصبي المأذون وبذلهما باطل.

قلنا: إنَّما عللنا لبيان المحال التي تستحق بالبذل ابتداءً والتي لا تستحق، ولم نعلل لبيان الباذلين، وعدم صحة البذل هناك إنما نشاء من عدم أهلية الباذل لا من المبذول، على أن المأذون منهما يصح بذله بقدر ما دخل تحت الإذن من الإطعام وإهداء المأكول والإعارة ونحوها، والبذل بالنكول ممَّا دخل تحت الإذن، فإنه يستحلف بالخصومات ويقبل نكوله.

فإن قيل: يقضى بالقصاص في الأطراف بالنكول ولا يعمل فيها البذل.

قلنا: البذل عامل إذا كان مفيدًا نحو أن يقول لآخر: اقطع يدي وبها آكلة، فقطعها حلَّ ولم يأثم، وبغير إذنه يأثم ولا يحل، وفيما نحن فيه النكول مفيد؛ لأنه مُحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين، فإن كان صادقاً فإمَّا إذا قال: جزافاً اقطع يدي فلا يحل له؛ لأنه لا فائدة فيه بل فيه ضرر محض، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الأسرار».

قوله: إِلَّا أَنَّ هَذَا بَذْلٌ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ فَيَمْلِكُهُ الْمُكَاتَبُ وَالعَبْدُ الْمَأْذُونُ، هذا جوابُ

وَصِحَّتُهُ فِي الدَّيْنِ بِنَاءً عَلَى زَعْمِ المُدَّعِي وَهُوَ مَا يَقْبِضُهُ حَقًّا لِنَفْسِهِ، وَالبَذْلُ مَعْنَاهُ هَاهُنَا تَرْكُ المَنْعِ، وَأَمْرُ المَالِ هَيِّنٌ.

قَالَ: (وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ وَلَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّ المَنُوطَ بِفِعْلِهِ شَيْئَانِ: الضَّمَانُ

إشكال تقديري على ما ذكرنا الإشكال من «الأسرار»، وهو أن النكول إذا كان بذلًا ينبغي أن لا يملكه المكاتب والمأذون؛ لما أن في البذل معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع، فقال في جوابه: أنَّهما يملكان لما لا بدَّ له من التجارة كما في الضِّيَافَةِ اليَسِيرَةِ، وبذلهما بالنكول كان من جملة ذلك.

قوله: وَصِحَّتُهُ، الضمير راجع إلى القضاء بالنكول، وهذا جواب سؤال تقديري وهو أن يقال: أن الدين وصف في الذمة فكيف يجري فيه البذل؟ فأجاب بما ذكر في المتن على وجه يقع به الفرق بين الدين وبين الأشياء السبعة، حيث يجري البذل في الدين ولا يجري في الأشياء السبعة، أي: صحة النكول في حق أخذ الدين بِنَاءً عَلَى زَعْمِ المُدَّعِي.

قوله: وَالبَذْلُ مَعْنَاهُ هَاهُنَا تَرْكُ المَنْعِ، وترك المنع جائزٌ في المال؛ لأن أَمْرَ المَالِ هَيِّنٌ، وأمَّا أمر هذه الأشياء ليس بِهيّن، فلا يجوز ترك المنع فيها.

قوله: وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ، يريدُ به إذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع؛ لأن المالَ حقه فأمكن القول فيه بالاستحلاف، فيستحلف على المال بالله ما له عليك هذا المال؛ لأن المال يثبت مع الشبهات، ألا ترى أنه يثبت بكتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، وشهادة رجل وامرأتين، فجاز أن يثبت بالنكول الذي هو بذل أو إقرار فيه شبهة، والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة، ألا ترى أنَّها لا تقام بكتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، وشهادة رجل وامرأتين، وكذلك لا تقام بالنكول، فلهذا لا يجري اليمين في الحدود.

وعن محمد رحمه الله أنه قال: القاضي يقول للمدعي: ماذا تريد؟ فإن قال: أريد القطع فالقاضي يقول له: إن الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين، وإن قال: أريد المال

وَيَعْمَلُ فِيهِ النُّكُولُ، وَالقَطْعُ وَلا يَثْبُتُ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ عَلَيْهَا رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَتِ المَرْأَةُ طَلاقًا قَبْلَ الدُّخُولِ اُسْتُحْلِفَ الزَّوْجُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصْفَ المَهْرِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ الِاسْتِحْلَافَ يَجْرِي فِي الطَّلَاقِ عِنْدَهُمْ لا سِيَّمَا إِذَا كَانَ المَقْصُودُ هُوَ المَالُ، وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِذَا ادَّعَتْ هِيَ الصَّدَاقَ لِأَنَّ ذَلِكَ دَعْوَى المَالِ، ثُمَّ يَثْبُتُ المَالُ بِنُكُولِهِ وَلا يَثْبُتُ النِّكَاحُ، وَكَذَا فِي النَّسَبِ إِذَا ادَّعَى حَقًّا كَالإِرْثِ وَالحِجْرِ

فالقاضي يقول له: دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: كَمَا إِذَا شَهِدَ عَلَيْهَا رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، فإنه يقضى بالمال ولا يقطع، كذا هذا، وكما إذا أقرَّ بالسرقة ثمَّ رجع.(١)

قوله: وَإِذَا ادَّعَتِ المَرْأَةُ طَلَاقًا قَبْلَ الدُّخُولِ، وفائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل الدخول، هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه،(٢) وسواء كان دعوى المهر في ضمن الطلاق أو بدون الطلاق؛ لأنه ذكر بعد هذا صورة دعوى جميع المهر عند بقاء النكاح بقوله: وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِذَا ادَّعَتْ هِيَ الصَّدَاقَ... وَكَذَا فِي النَّسَبِ إِذَا ادَّعَى حَقًّا كَالإِرْثِ، بأن ادعى رجل على رجل أن المدعي أخو المدعى عليه، ماتَ أبوهما وترك مالًا في يد المدعى عليه، أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة، فإنه يستحلف على النسب بالإجماع، فإن حلف برئ، وإن نكل يقضى بالمال ولا يقضى بالنسب، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَالحِجْر(٣) فِي اللَّقِيطِ، إلى آخره، بأن كان صبيّ في يد رجل التقطه وهو لا يعبر

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): فإنه يسقط بالرجوع الحدّ وهو القطع، ويثبت المال بالإقرار، ولا يسقط بالرجوع.

(٢) في هامش نسخة يوسف آغا: يرد عليه أن الإطلاق يُغني عن ذلك، وليس فيه توهم التقييد بذلك.

(٣) في هامش نسخة يوسف آغا: وهو بفتح الحاء المهملة وسكون الجيم: المنع عن التصرّف.

فِي اللَّقِيطِ، وَالنَّفَقَةِ وَامْتِنَاعِ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ هَذِهِ الحُقُوقُ، وَإِنَّمَا يُسْتَحْلَفُ فِي النَّسَبِ المُجَرَّدِ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ،

عن نفسه، فادعت امرأة حرَّة الأصل أنه أخوها تريد قصر يد الملتقط لمالها من حقِّ الحضانة[1]، وأرادت استحلافه فنكلَ ثبتَ به لها حق نقل الصبي إلى حجرها ولا يثبت النسب، وكذا إذا ادَّعى رجل النفقة بسبب الأخوّة بأن ادَّعى وهو زمن أنه أخو المدعى عليه وهو موسر، وأنكر المدعى عليه أخوّته فإنه يستحلف بالإجماع أيضـًا، فإن حلف برئ، وإن نكل يقضى بالنفقة ولا يقضى بالنسب، وكذلك امتناع الرجوع في الهبة بأن وهب لإنسان عينـًا ثم أراد الواهب الرجوع فيها فقال الموهوب له: أنا أخوك يريدُ به إبطال حقه في الرجوع، فإن الواهب يستحلف بالإجماع، فإن نكل يثبت الامتناع ولا تثبت الأخوة، كذا في «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله وغيره.

قوله: وَإِنَّمَا يُسْتَحْلَفُ فِي النَّسَبِ المُجَرَّدِ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ، قيَّد النسب بالمجرَّد احتِرازًا عن دعوى النسب المقرون بدعوى المال، بحيث لا يصل إلى المال إلا بدعوى النسب، فحينئذٍ يستحلف على النسب بالإجماع على ما ذكرنا؛ لأن الاستحلاف يجري في دعوى المال، فكان دعوى المال فيه مقصودًا فاستحلف فيه بالإجماع، وحاصل هذا ما ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله هو أن النكول لمَّا كان بدلًا عن الإقرار جرى اليمين فيما يجري فيه الإقرار؛ لأن المقصود من اليمين النكول، وعن هذا قالا: إن كل نسب لو أقرَّ به المدعى عليه يثبت لا يستحلف عليه من غير دعوى المال، وكل نسب لو أقرَّ به المدعى عليه لا يثبت لا يستحلف إلا إذا ادعى المال بذلك النسب، فإنه لو ادَّعى مالًا في يده أو قبله، ولا يثبت له ذلك المال إلا بثبوت النسب، فيستحلف على النسب.

بيانه أن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر: بالأب والابن والزوجة والمولى، وإقرار المرأة يصح بثلاثة نفر: بالأب والزوج والمولى، ولا يصح بالولد؛ لأن فيه حمل النسب على الغير،

(١) في هامش نسخة يوسف آغا: وأمَّا الحضانة فهي بكسر الحاء المهملة والضاد المعجمة من الحِضن: وهو ما دون الإبط إلى الكشح، قال: حضنت المرأة ولدَها، والحمامة بيضَها، إذا ضمَّ كل واحد منهما إلى نفسه تحت جناحها، فكان الحضانة للولد بضمه إلى جنبه. (لكاتبه)

كَالأَبِ وَالِابْنِ فِي حَقِّ الرَّجُلِ وَالأَبِ فِي حَقِّ المَرْأَةِ، لِأَنَّ فِي دَعْوَاهَا الِابْنَ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ وَالمَوْلَى وَالزَّوْجِ فِي حَقِّهِمَا.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى قِصَاصًا عَلَى غَيْرِهِ فَجَحَدَهُ أُسْتُحْلِفَ) بِالإِجْمَاعِ (ثُمَّ إِنْ نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ يَلْزَمُهُ القِصَاصُ، وَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَزِمَهُ الأَرْشُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ النُّكُولَ

فيكون إقرارًا على الغير فلا يصح، إذا ثبتَ هذا فنقول: يستحلف الرجل عند دعوى الأبوة والبنوة عليه؛ لأنه لو أقرَّ به يثبت فيستحلف لرجاء النكول الذي هو إقرار عندهما، وأمَّا عند دعوى الأخوّة والعمومة عليه لا يستحلف؛ لأنه لو أقرَّ به لا يثبت لما فيه من حمل النسب على الغير، فكان إقرارًا على الغير فلا يصح، إلا إذا ادَّعى ميراثـًا أو حقًّا بسببه على ما ذكرنا من دعوى الميراث أو النفقة، فحينئذٍ يستحلف عليه بالإجماع.

ثم ذكر كيفية التحليف في دعوى المال بالنسب في «المبسوط» في باب دعوى العتاق من كتاب الدعوى فقال: ولو أنَّ رجلًا ورث دارًا من أبيه فادعى آخر أنه أخوه لأبيه قد ورث أباه معه هذه الدار، وجحد ذو اليد ذلك لم يستحلف على النسب هاهنا بالاتفاق، أمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يشكل، وعندهما كل نسب لو أقرَّ به لا يصح لا يستحلف على ذلك النسب إذا أنكره؛ لما أن النكول عندهما قائم مقام الإقرار، والأخوّة لا تثبت بإقراره لو أقرَّ بها، فكذلك لا يستحلف عليها بخلاف البنوة، ولكن يستحلف بالله ما يعلم له في هذه الدار نصيبـًا كما يدعى؛ لأنه يدعي المال قبله، والاستحلاف يجري في المال، إلا أنه استحلاف على فعل الغير؛ لأنه يدعي الإرث من الميت بسبب بينهما، والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على الإثبات.

قوله: وَالأَبِ فِي حَقِّ المَرْأَةِ؛ - يعني إذا ادعت المرأة على رجل أنه أبوها - لِأَنَّ فِي دَعْوَاهَا، أي: إقرارها.

قوله: وَالمَوْلَى - أي: السيد - وَالزَّوْجِ فِي حَقِّهِمَا، أي: في حق الرجل والمرأة.

إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ عِنْدَهُمَا فَلَا يَثْبُتُ بِهِ القِصَاصُ وَيَجِبُ بِهِ المَالُ، خُصُوصًا إِذَا كَانَ امْتِنَاعُ القِصَاصِ لِمَعْنًى مِنْ جِهَةِ مَنْ عَلَيْهِ، كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالخَطَإِ وَالوَلِيُّ يَدَّعِي العَمْدَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكَ الأَمْوَالِ فَيَجْرِي فِيهَا البَذْلُ، بِخِلَافِ الأَنْفُسِ فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ اقْطَعْ يَدِي فَقَطَعَهَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ،

قوله: خُصُوصًا إِذَا كَانَ امْتِنَاعُ القِصَاصِ لِمَعْنًى مِنْ جِهَةِ مَنْ عَلَيْهِ، وإنما قيَّد امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه في حق وجوب المال احترازًا عن امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص، فإن هناك لا يجب على المدعى عليه شيء لا القصاص ولا المال، كما إذا أقامَ يدعي القصاص على ما ادعى رجلًا وامرأتين، أو الشهادة على الشهادة فإنه لا يقضى بشيء؛ لأن الحجة قامت بالقصاص لكن استيفاء القصاص امتنع، والأصل فيه أن المال مشروعٌ إذا أضيف التعذر إلى من عليه اعتبارًا بالخطأ واستدلالًا به، وإذا أضيف إلى الولي بطل معنى المنَّة فلم يجب المال.

وفي مسألة الخلاف أضيف التعذر إلى الذي عليه، وذلك أنه لم يصرح بالإقرار فأشبه الخطأ، وفي الفصل الآخر وهو ما إذا أقام رجلًا وامرأتين أضيف إلى الولي الذي أقام تلك البينة فلم يجب المال؛ ولأن الطالب يدعي القصاص ويتبرأ من المال فكيف يقضى له بغير ما يدعيه؟ وتعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة المدعي، وهي امتناعه من إقامة شاهدين واشتغاله باستحلاف الخصم، وهذا بخلاف شهادة رجل وامرأتين، أو الشهادة على الشهادة، في السرقة أن المال يجب كما يجب في النكول؛ لأن المال ثَمَّة أصل ثم يتعدَّى إلى الحدود، وإذا قصر لم يتعد فبقي الأصل، وهاهنا الأصل المشهود به القصاص، ثم يتعدى إلى المال إذا وجد شرطه، فإذا لم يوجد بطل، وشرطه أن يكون مشروعـًا بطريق المنَّة للخصمين جميعـًا، أي المنة على القاتل بأن سلمت نفسه، والمنة على المقتول بأن لم يهدر دمه، وعلى هذا الأصل الذي ذكرنا وهو أنه متى تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جانب المدعى عليه يقضى بالمال، كما لو قال: قتلتُ وليِّي عمدًا، فقال: لا بل قتلته خطأً، ومتى تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جانب المدعي لا يقضى بالمال، كما لو قال: قتلتُ وليِّي خطأً، فقال:

وَهَذَا إِعْمَالٌ لِلْبَذْلِ إِلَّا أَنَّهُ لا يُبَاحُ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ، وَهَذَا البَذْلُ مُفِيدٌ لِانْدِفَاعِ الخُصُومَةِ بِهِ فَصَارَ كَقَطْعِ اليَدِ لِلْآكِلَةِ وَقَلْعِ السِّنِّ لِلْوَجَعِ، وَإِذَا امْتَنَعَ القِصَاصُ

لا بل قتلته عمدًا، وعلى هذا الأصل سويًا بين النفس وما دون النفس، وقالا عند النكول يقضى بالمال، إلا أن أبا حنيفة رضي الله عنه قال:

يستحلف في النفس وإن كان لا يقضى فيها بالنكول؛ لأن اليمين حق مقصود لتعظيم أمر الدم، ولهذا شرعت مكرَّرة في القسامة، وإذا نكل فقد امتنع من إيفاء حق مقصود، وهو ممَّا لا يجري فيه النيابة، فيحبس إلى أن يحلف أو يقر، كما إذا التعن الزوج ونكلت المرأة عن اللعان، وفي سائر ما تقدَّم اليمين ليس بحق مقصود، وإنما المطلوب منه القضاء بالنكول، فما لا يجوز القضاء فيه بالنكول لا يشتغل بالاستحلاف، كذا ذكره العلَمان في التحقيق الإمام شمس الأئمة السرخسي، والإمام فخر الإسلام البزدوي رحمهم الله في «الجامع الصغير»، أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال من حيث أن الأطراف خُلقت وقايةً للأنفس كالأموال، فلمَّا كان كذلك جرى البذل في الأطراف كما في الأموال، ألا ترى أنه لو قال: اقطع يدي فقطعه، لا يجب الضمان لا من حيث القصاص ولا من حيث المال، بخلاف الأنفس حيث لا يجري البذل فيها، ألا ترى أنه لو قال لآخر: اقتلني، فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية، وبالدية في أخرى.

وفي «التَّتمَّة»: تجب الدية في قول علمائنا الثلاثة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَهَذَا إِعْمَالٌ لِلْبَذْلِ - أي: عدم وجوب الضمان إعمال للبذل - إِلَّا أَنَّهُ لا يُبَاحُ، أي: لا يباح القطع، هذا جواب إشكال وهو أن يقال: لو كان الأطراف تجري مجرى الأموال لجاز قطع يده من غير إثم عند قوله: اقطع يدي، كما يُباح أخذ ماله عند قوله: خذ مالي فقال: أَنَّهُ لا يُبَاحُ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ، في قطعه كما هو في المال كذلك، أي لا يباح عند عدم الفائدة بأن قال: ألق مالي في البحر أو احرقه، إلى هذا أشار فخر الإسلام رحمه الله.

فإن قيل: لمَّا قطع الطرف عند أبي حنيفة رحمه الله بالنكول باعتبار أن الطرف يُسلك به مسلك الأموال، كان ينبغى أن يجري الاستحلاف في قطع اليد في السرقة أيضًا، ويثبت القطع

فِي النَّفسِ وَاليَمِينُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ يُحْبَسُ بِهِ كَمَا فِي القَسَامَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ المُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ قِيلَ لِخَصْمِهِ أَعْطِهِ كَفِيلًا بِنَفْسِكَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ) كَيْ لا يَغِيبَ نَفْسُهُ فَيَضِيعَ حَقُّهُ وَالكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَأَخْذُ الكَفِيلِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى اسْتِحْسَانٌ عِنْدَنَا لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْمُدَّعِي وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِالمُدَّعَى عَلَيْهِ وَهَذَا لِأَنَّ الحُضُورَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى حَتَّى يُعَدَّى عَلَيْهِ وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ فَصَحَّ التَّكْفِيلُ بِإِحْضَارِهِ، وَالتَّقْدِيرُ بِثَلاثَةِ أَيَّامٍ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَهُوَ الصَّحِيحُ،

عند النكول كما في النكول في قصاص الأطراف.

قلنا: القطع في السرقة خالصُ حق الله تعالى جزاءً فلا يثبت مع الشبهة، أمَّا القصاص في الطرف فحقُّ العبد الذي يسلك به مسلك الأموال، فعومل به معاملة الأموال في ثبوته مع الشبهة.

قوله: يُحْبَسُ بِهِ - أي: بحق اليمين - كَمَا فِي القَسَامَةِ، فإنَّهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرُّوا أو يحلفوا.

قوله: قِيلَ لِخَصْمِهِ أَعْطِهِ كَفِيلًا بِنَفْسِكَ، والقياس أن لا يكفل قبل إقامة البينة.

قوله: وَأَخْذُ الكَفِيلِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى اسْتِحْسَانٌ عِنْدَنَا، فهو نظير الاستحلاف، والخصم يستحلف عند طلب المدعي بعد إنكاره وإن لم يتوجه له حق بتلك الدعوى، ولكن فيه منفعة للمدعي من غير ضرر فيه على الخصم إذا كان محقًّا في إنكاره، وكذلك الأشخاص إلى بابه يثبت بنفس الدعوى؛ لما فيه من النظر للمدعي، فكذلك أخذ الكفيل، كذا في «المبسوط».

قوله: حَتَّى يُعَدَّى عَلَيْهِ، من الإعداء على لفظ المجهول، يقال: استعدى فلان الأمير على من ظلمه، أي: استعان به فأعدَّاه الأمير عليه، أي: أعانه عليه ونصره، ومنه قول الشاعر:

ونستعدي الأمير إذا ظلمنا ❋ فمن يُعدَّى إذا ظلم الأمير

وَلا فَرْقَ فِي الظَّاهِرِ بَيْنَ الخَامِلِ وَالوَجِيهِ وَالحَقِيرِ مِنَ المَالِ وَالخَطِيرِ، ثُمَّ لا بُدَّ مِنْ قَوْلِهِ لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ لِلتَّكْفِيلِ وَمَعْنَاهُ فِي المِصْرِ، حَتَّى لَوْ قَالَ المُدَّعِي لا بَيِّنَةَ لِي أَوْ شُهُودِي غُيَّبٌ لا يُكَفَّلُ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ فَعَلَ وَإِلَّا أُمِرَ بِمُلازَمَتِهِ) كَيْ لا يَذْهَبَ حَقُّهُ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَرِيبًا فَيُلَازِمَ مِقْدَارَ مَجْلِسِ القَاضِي) وَكَذَا لا يُكَفَّلُ إِلَّا إِلَى آخِرِ المَجْلِسِ،

قوله: وَلا فَرْقَ فِي الظَّاهِرِ بَيْنَ الخَامِلِ وَالوَجِيهِ وَالحَقِيرِ مِنَ المَالِ وَالخَطِيرِ، أي: في الظاهر من الرواية، وهذا احتراز عما رُوي عن محمد رحمه الله أنه قال: إن كان معروفًا والظاهر من حاله أنه لا يخفى شخصه بذلك القدر، لا يجبر على إعطاء الكفيل، لكن إذا أعطى مختارًا يؤخذ، وكذا إذا كان المدعى به حقيرًا لا يخفى المرء نفسه بذلك لا يجبر على إعطاء الكفيل، كذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله في «أدب القاضي».

قوله: أَوْ شُهُودِي غُيَّبٌ، هذا بفتحتين على التخفيف، أو بضمة الغين على التثقيل، يقال: قوم غَيَب، بفتحتين مثل خادم وخدم، وأما غُيَّب فقياسٌ، كذا في «المغرب».

قوله: فَإِنْ فَعَلَ، أي: أعطى الكفيل.

قوله: لا يُكَفَّلُ؛ لعدم الفائدة؛ لأنه لا فائدة في أخذ الكفيل هاهنا؛ لأن الفائدة هي الحضور عند حضور الشهود، وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه؛ لأن الغائب كالهالك من وجه، وليس كل غائب يؤوبُ.

وإن أراد المدعي استحلاف الخصم يتمكن منه في الحال، فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل، وكذلك إذا أقام شاهدًا واحدًا؛ لأن بالشاهد الواحد لا يثبت للمدعي شيء كما لا يثبت بنفس الدعوى، وإن قال: لا بينةَ لي وأنا أريدُ أن أستحلفه فخذ لي منه كفيلًا، لم يأخذ منه كفيلًا، ولكنه يستحلفه مكانه؛ لأن حكم اليمين لا يختلف باختلاف الأوقات، والقاضي مأمور بفصل الخصومة في أول أحوال الإمكان، وإن قال: بينتي حاضر فخذ لي منه كفيلًا،

فَالِاسْتِثْنَاءُ مُنْصَرِفٌ إِلَيْهِمَا لِأَنَّ فِي أَخْذِ الكَفِيلِ وَالمُلَازَمَةِ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ إِضْرَارًا بِهِ بِمَنْعِهِ عَنِ السَّفَرِ وَلَا ضَرَرَ فِي هَذَا المِقْدَارِ ظَاهِرًا، وَكَيْفِيَّةُ المُلَازَمَةِ نَذْكُرُهَا فِي كِتَابِ الحَجْرِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

فقال المطلوب: ليس لي كفيل، فإنه يأمر الطالب أن يلزمه إن أحبَّ حتى يحضر شهوده، كذا في «المبسوط».

وذكر في «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله: هذا إذا علم أنه مسافر، أما إذا أشكل على الحاكم أمره فإنه يسأل عن أهل محلته أو أصحابه، أو يحلفه عليه، أو ينظر في زيّه، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يأخذ كفيلًا إلى جلوس القاضي مجلساً آخر، حتى إذا كان يجلس في كل أسبوع مرةً يأخذ الكفيل إلى سبعة أيام، وإذا كان يجلس في كل خمسة عشر يوماً يأخذ منه كفيلًا إلى خمسة عشر يوماً، وهذا القول أحسن، وهو أرفق بالناس في الزمان الأول، وما قلناه أرفق بِهم في زماننا حيث يجلس القاضي في كل يوم.

فإن أبى لازمه، أي: دار معه أينما سار، فلا يمنع من التصرف والسفر ولا يجلسه في موضع؛ لأنه حبس وهو غير مستحق عليه.

وعن محمد رحمه الله: أن للمدعي أن يحبسه في مسجد محلته أو بيته؛ لأنه رُبَّما يطور في الأسواق بغير حاجته فيتضرر المدعي، كذا في آخر كتاب الحجر من الشروح.

قوله: فَالِاسْتِثْنَاءُ مُنْصَرِفٌ إِلَيْهِمَا، أي: الاستثناء المذكور **بقوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَرِيبًا**، منصرف إلى الملازمة والتكفيل، وهذا التفسير إنَّما يحتاج إليه على رواية القدوري رحمه الله؛ لأنه لم يذكر هناك مقدار مجلس القاضي في تقدير مدَّة الملازمة، ولا التكفيل ومدته، وإنما قال: فَإِنْ فَعَلَ وَإِلَّا أُمِرَ بِمُلَازَمَتِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَرِيبًا على الطريق.

وأمَّا هاهنا فقد ذكر الملازمة ومدتها، وكذا ذكر مدة التكفيل ولا يحتاج إلى **قوله: فَالِاسْتِثْنَاءُ مُنْصَرِفٌ إِلَيْهِمَا**؛ لأنه ذكر مدَّة كل واحد من الملازمة والتكفيل باستثناء على حدة.

قوله: زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ، أي: على مقدار مجلس القاضي، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ اليَمِينِ وَالِاسْتِحْلَافِ)

قَالَ: (وَاليَمِينُ بِاللهِ عَزَّ وَجَلَّ دُونَ غَيْرِهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَذَرْ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ فَقَدْ أَشْرَكَ» (وَقَدْ تُؤَكَّدُ بِذِكْرِ أَوْصَافِهِ) وَهُوَ التَّغْلِيظُ، وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ: قُلْ: وَاللهِ الَّذِي لا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَالِمِ الغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ، هُوَ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمِ الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ العَلَانِيَةِ، مَا لِفُلَانٍ هَذَا عَلَيْكَ وَلا قِبَلَكَ هَذَا المَالُ الَّذِي ادَّعَاهُ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلا شَيْءَ مِنْهُ. وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي التَّغْلِيظِ عَلَى هَذَا وَلَهُ أَنْ يَنْقُصَ مِنْهُ،

فصل في كيفية اليمين و الاستحلاف

لمَّا ذكر نفس اليمين في أي موضع يحلف، ذكر في هذا الفصل صفتها؛ لما أن الصَّفة تقتضي سبق الموصوف وكيفية الشيء صفته.

قوله: وَاليَمِينُ بِاللهِ عَزَّ وَجَلَّ دُونَ غَيْرِهِ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ولا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت، من كان حالفاً فليحلف بالله تعالى أو فليصمت»، والحر والمملوك والرجل والمرأة في اليمين سواءٌ؛ لأن المقصود هو القضاء بالنكول، وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَدْ تُؤَكَّدُ بِذِكْرِ أَوْصَافِهِ، وَهُوَ التَّغْلِيظُ، أي: بذكر أوصافه بدون حرف العطف حتى لو قال: والله والرحمن والرحيم صارت أيماناً، والمستحق عليه يمين واحدة.

إِلَّا أَنَّهُ يَحْتَاطُ فِيهِ كَيْ لا يَتَكَرَّرَ عَلَيْهِ اليَمِينُ، لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ، وَالقَاضِي بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ غَلَّظَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يُغَلِّظْ فَيَقُولُ: قُلْ بِاللهِ أَوْ وَاللهِ، وَقِيلَ: لا يُغَلِّظُ عَلَى المَعْرُوفِ بِالصَّلاحِ وَيُغَلِّظُ عَلَى غَيْرِهِ، وَقِيلَ: يُغَلِّظُ فِي الخَطِيرِ مِنَ المَالِ دُونَ الحَقِيرِ.

قَالَ: (وَلا يَسْتَحْلِفُ بِالطَّلَاقِ وَلا بِالعَتَاقِ) لِمَا رَوَيْنَا، وَقِيلَ فِي زَمَانِنَا إِذَا أَلَحَّ الخَصْمُ سَاغَ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْلِفَ بِذَلِكَ لِقِلَّةِ المُبَالاةِ بِاليَمِينِ بِاللهِ وَكَثْرَةِ الِامْتِنَاعِ

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَحْتَاطُ فِيهِ كَيْ لا يَتَكَرَّرَ عَلَيْهِ اليَمِينُ، والمراد من الاحتياط هو أن يذكره بغير واو، فإنه لو ذكر قوله: والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة أيمان، والمستحق عليه يمين واحدة، كذا في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَقِيلَ فِي زَمَانِنَا إِذَا أَلَحَّ الخَصْمُ سَاغَ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْلِفَ بِذَلِكَ لِقِلَّةِ مُبَالاةِ - المدعى عليه - بِاليَمِينِ بِاللهِ، لكن ذكر الإمام الأستروشني رحمه الله في «الفصول»: أن القاضي إذا حلف المدعى عليه بالطلاق، فنكل لا يقضى عليه بالنكول؛ لأنه نكل عمَّا هو منهيٌّ عنه شرعـًا، وكذا إذا حلفه وحلف ثمَّ حلفه بالله: (اين سوگند راست خوردى؟)، فنكل عن هذه اليمين لا يقضى عليه؛ لأن حقه في اليمين مرَّة وقد حلف مرَّةً.

وذكر فيه أيضـًا: الشاهد إذا أنكر الشهادة لا يحلفه القاضي، ولو قال المدعى عليه: الشاهد كاذب وأراد تحليف المدعي ما تعلم أنه كاذب لا يحلفه، وكذا لو قال المدعى عليه: (اين شاهد مقر آمده است پيش از گواهى كه اين محدود ملک منست)، وأراد تحليف الشاهد أو المدعي لا يحلف.

وذكر في «المبسوط»: ولا يحلف الشاهد؛ لأنا أمرنا بإكرام الشهود وليس من إكرامه استحلافه؛ ولان الاستحلاف يبتني على الخصومة، ولا خصومة للشاهد.

وفي «الخلاصة»: ولو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه.

بِسَبَبِ الحَلِفِ بِالطَّلَاقِ.

قَالَ: (وَيَسْتَحْلِفُ اليَهُودِيَّ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَى مُوسَى - عَلَيْهِ السَّلَامُ -، وَالنَّصْرَانِيَّ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ الإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى - عَلَيْهِ السَّلَامُ -) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِابْنِ صُورِيَّا الأَعْوَرِ: أَنْشُدُكَ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَى مُوسَى أَنَّ حُكْمَ الزِّنَا فِي كِتَابِكُمْ هَذَا» وَلِأَنَّ اليَهُودِيَّ يَعْتَقِدُ نُبُوَّةَ مُوسَى وَالنَّصْرَانِيَّ نُبُوَّةَ عِيسَى - عَلَيْهِمَا السَّلَامُ - فَيُغَلَّظُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِذِكْرِ المُنَزَّلِ عَلَى نَبِيِّهِ (وَ) يَسْتَحْلِفُ (المَجُوسِيَّ بِاللهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ) وَهَكَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الأَصْلِ. وَيُرْوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي النَّوَادِرِ لِأَنَّهُ لا يَسْتَحْلِفُ أَحَدًا إِلَّا بِاللهِ خَالِصًا. وَذَكَرَ الخَصَّافُ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَسْتَحْلِفُ غَيْرَ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ إِلَّا بِاللهِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ مَشَايِخِنَا لِأَنَّ فِي ذِكْرِ النَّارِ مَعَ اسْمِ اللهِ تَعَالَى تَعْظِيمًا وَمَا يَنْبَغِي أَنْ تُعَظَّمَ، بِخِلَافِ الكِتَابَيْنِ؛ لِأَنَّ كُتُبَ اللهِ مُعَظَّمَةٌ.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في «فتاواه»: وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق أو العتاق، في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك؛ لأن التحليف بالطلاق أو العتاق ونحو ذلك حرامٌ، وبعضهم جوَّزوا ذلك في زماننا، والصحيح ظاهر الرواية.

ذكر في «المغرب»: ابْنِ صُورِيَّا: بالقصر اسم أعجمي، والنشد: سوگند دادن، من حدِّ نصرَ[1]، وفي «المغرب»: نشد الضالة: طلبَها نشداناً، ومنه قولهم في الاستعطاف: نشدتك بالله والله، وناشدتك الله وبالله، أي: سألتك بالله وطلبتُ إليك بحقه.

قوله: لِأَنَّ فِي ذِكْرِ النَّارِ مَعَ اسْمِ اللهِ تَعَالَى تَعْظِيمُهَا وَمَا يَنْبَغِي أَنْ تُعَظَّمَ؛ لأن النار كغيرها

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): قوله: النشد: سوگند دادن: من حدِّ نصرَ، أقول: غيَّر صاحب «معراج الدراية» بالعربية حيث قال: النشد: التحليف من حدِّ نصر، انتهى.

(وَالوَثَنِيُّ لا يَحْلِفُ إِلَّا بِاللهِ)؛ لِأَنَّ الكَفَرَةَ بِأَسْرِهِمْ يَعْتَقِدُونَ اللهَ تَعَالَى، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَلَئِنْ سَالتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللهُ﴾ [لقمان: ٢٥].

قَالَ: (وَلا يَحْلِفُونَ فِي بُيُوتِ عِبَادَتِهِمْ) لِأَنَّ القَاضِيَ لا يَحْضُرُهَا بَلْ هُوَ مَمْنُوعٌ عَنْ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَلا يَجِبُ تَغْلِيظُ اليَمِينِ عَلَى المُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلا مَكَانٍ)؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ تَعْظِيمُ المُقْسَمِ بِهِ وَهُوَ حَاصِلٌ بِدُونِ ذَلِكَ، وَفِي إِيجَابِ ذَلِكَ حَرَجٌ عَلَى القَاضِي حَيْثُ

من المخلوقات، فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار، فكأنه وقع عند محمد رحمه الله أنَّهم يعظمون النار تعظيم العبادة، فلمقصود النكول قال: يذكر ذلك في اليمين[1]، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الكَفَرَةَ بِأَسْرِهِمْ يَعْتَقِدُونَ اللهَ تَعَالَى، وإنَّما يعبدون الأصنام تقرّباً إلى الله بزعمهم، قال الله تعالى: ﴿مَا نَعْبُدُهُمْ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَآ إِلَى ٱللَّهِ زُلْفَىٰٓ﴾ [الزمر: ٣]، فيمتنعون من الحلف كاذباً بالله، فيحصل المقصود وهو النكول.

قوله: وَلا يَجِبُ تَغْلِيظُ اليَمِينِ عَلَى المُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلا مَكَانٍ، وقال الشافعي رحمه الله: إذا كانت اليمين في قسامة، أو في لعان، أو في مال عظيم[2]، أنَّها تختص بمكان، إن كان بمكة فبين الركن والمقام، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصَّلاة والسلام، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلاد في الجوامع[3]، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر، كذا

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): وذلك لأن اليمين لا تجوز بغير الله تعالى، وهم يعظمون هذه الأشياء، واليمين بها لا يمكن، فوجب أن يستحلفوا بالله تعالى ويجعل ما يعظمونه مضافاً إلى فعله ليستعظموا اليمين به، فأمَّا الصابئة فإن كانوا يؤمنون بإدريس عليه السلام استحلفوا بالله الذي أنزل الصُّحف على إدريس عليه السلام، وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب.

(٢) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): يبلغ عشرين مثقالًا على ما ذكره في «الكافي»، ومائتي مثقالًا على ما ذكره في «الزيلعي»، وفي «غاية البيان» عشرين دينارًا.

(٣) في هامش نسخة يوسف آغا: أي: إن كان ثمَّة جامعٌ، وإن لم يكن ثمَّة جامعٌ ففي المسجد، كذا في «الكافي»، و«الكفاية».

يُكَلَّفُ حُضُورَهَا وَهُوَ مَدْفُوعٌ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى أَنَّهُ ابْتَاعَ مِنْ هَذَا عَبْدَهُ بِأَلْفٍ فَجَحَدَ اسْتُحْلِفَ بِاللهِ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِيهِ وَلَا يَسْتَحْلِفُ بِاللهِ مَا بِعْتُ) لِأَنَّهُ قَدْ يُبَاعُ العَيْنُ ثُمَّ يُقَالُ فِيهِ (وَيَسْتَحْلِفُ فِي الغَصْبِ بِاللهِ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْكَ رَدَّهُ وَلَا يَحْلِفُ بِاللهِ مَا غَصَبْتُ) لِأَنَّهُ قَدْ يَغْصِبُ ثُمَّ يَفْسَخُ بِالهِبَةِ وَالبَيْعِ (وَفِي النِّكَاحِ بِاللهِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الحَالِ) لِأَنَّهُ قَدْ يَطْرَأُ عَلَيْهِ الخُلْعُ (وَفِي دَعْوَى الطَّلَاقِ بِاللهِ مَا هِيَ بَائِنٌ مِنْكَ السَّاعَةَ بِمَا ذَكَرَتْ وَلَا يَسْتَحْلِفُ بِاللهِ مَا طَلَّقَهَا) لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ يُجَدَّدُ بَعْدَ الإِبَانَةِ فَيَحْلِفُ عَلَى الحَاصِلِ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ عَلَى السَّبَبِ يَتَضَرَّرُ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. أَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَحْلِفُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ عَلَى السَّبَبِ إِلَّا إِذَا عَرَّضَ بِمَا ذَكَرْنَا فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَى الحَاصِلِ. وَقِيلَ: يَنْظُرُ

في «المبسوط»، و«شرح الأقطع».

قوله: وَفِي النِّكَاحِ بِاللهِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ، هذا على قولهما؛ لما أن الاستحلاف في النكاح قولهما، فيحلف على الحاصل، وهو أن يحلف في البيع: مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ، وفي الغصب: بِاللهِ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْكَ رَدَّهُ، وفي النكاح: بِاللهِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ، على ما ذكر.

قوله: إِلَّا إِذَا عَرَّضَ - المدعى عليه - بِمَا ذَكَرْنَا، وصفة التعريض أن يقول المدعي إذا عرض القاضي اليمين على المدعى عليه: بالله ما بعتُ أيها القاضي أن الإنسان قد يبيع شيئًا ثم يقابل فيه، فحينئذٍ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال، وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقًّا للمدعى عليه حتى طالب به، كذا في «شرح الأقطع».

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: وإن ادَّعى مالًا بسبب يحلف بالمال بذلك السبب: بالله ما استقرضتُ منه هذا المال، أو بالله ما اغتصبتُ منه هذا المال ونحو ذلك، إلا أن يعرض

إِلَى إِنْكَارِ المُدَّعَى عَلَيْهِ إِنْ أَنْكَرَ السَّبَبَ يَحْلِفُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ الحُكْمَ يَحْلِفُ عَلَى الحَاصِلِ، فَالحَاصِلُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ سَبَبًا يَرْتَفِعُ إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِ تَرْكُ النَّظَرِ فِي جَانِبِ المُدَّعِي فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَى السَّبَبِ بِالإِجْمَاعِ، وَذَلِكَ أَنْ تَدَّعِيَ مَبْتُوتَةٌ نَفَقَةَ العِدَّةِ وَالزَّوْجُ مِمَّنْ لا يَرَاهَا، أَوِ ادَّعَى شُفْعَةً بِالجِوَارِ وَالمُشْتَرِي لا يَرَاهَا، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ عَلَى الحَاصِلِ يَصْدُقُ فِي يَمِينِهِ فِي مُعْتَقَدِهِ فَيَفُوتُ النَّظَرُ فِي حَقِّ

المدعى عليه للقاضي فيقول: لا تحلفني على هذا الوجه، فإن الرجل قد يستقرض مالًا ثم لا يكون ذلك المال عليه عند الدعوى بأن ردَّه أو أبرأه، فإذا عرض له على هذا الوجه حينئذٍ يحلفه على الحاصل كما ذكرنا، وبه أخذ بعض المشايخ.

وقال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ينظر إلى جواب المدعى عليه دعوى المدّعي، إن أنكر المدعى عليه الاستقراض والغصب فقال: ما استقرضتُ منه شيئاً ولا غصبتُ، يحلف على السبب: بالله ما استقرضتُ منه شيئاً ولا غصبتُ، وإن قال المدعى عليه في الجواب: ليس له عليَّ هذا المال الذي يدعي ولا شيء منه، يحلف على الحاصل، قال: وهذا أحسن الأقاويل. وكذا أيضاً في «الذخيرة»، وهذا هو الذي ذكر في الكتاب **بقوله**: إِنْ أَنْكَرَ السَّبَبَ يَحْلِفُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ الحُكْمَ يَحْلِفُ عَلَى الحَاصِلِ، فَالحَاصِلُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا، أي: التحليف على الحاصل أصل عندهما وهو أن يقول: بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه.

فإن قيل: التحليف على السبب ضررٌ بالمدعى عليه أيضاً، لجواز أنه اشترى ولا شفعةَ له بأن سلم أو سكتَ عن الطلب، قلنا: القاضي لا يجد بدًّا من إلحاق الضرر بأحدهما، فكان مراعاة جانب المدعى أولى؛ لأن السبب الموجب للحق وهو الشراء إذا ثبتَ يثبت الحق له، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض، كذا ذكره الصَّدر الشهيد رحمه الله في «أدب القاضي».

قوله: إِذَا كَانَ سَبَبًا يَرْتَفِعُ، إلى أن قال: إِذَا ادَّعَى العِتْقَ عَلَى مَوْلَاهُ، وجحد المولى لا يحلف المولى على الحاصل، وإنما يحلف على السبب؛ لأنه لا ضرورة إلى التحليف على الحاصل؛

المُدَّعِي، وَإِنْ كَانَ سَبَبًا لا يَرْتَفِعُ بِرَافِعٍ فَالتَّحْلِيفُ عَلَى السَّبَبِ بِالإِجْمَاعِ (كَالعَبْدِ المُسْلِمِ إِذَا ادَّعَى العِتْقَ عَلَى مَوْلاهُ، بِخِلافِ الأَمَةِ وَالعَبْدِ الكَافِرِ)؛ لِأَنَّهُ يُكَرَّرُ الرِّقَّ عَلَيْهَا بِالرِّدَّةِ وَاللِّحَاقِ وَعَلَيْهِ بِنَقْضِ العَهْدِ وَاللِّحَاقِ، وَلا يُكَرَّرُ عَلَى العَبْدِ المُسْلِمِ. قَالَ: (وَمَنْ وَرِثَ عَبْدًا وَادَّعَاهُ آخَرُ يَسْتَحْلِفُ عَلَى عِلْمِهِ)؛ لِأَنَّهُ لا عِلْمَ لَهُ بِمَا صَنَعَ المُوَرِّثُ فَلَا يَحْلِفُ عَلَى البَتَاتِ (وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَوِ اشْتَرَاهُ يَحْلِفُ عَلَى البَتَاتِ) لِوُجُودِ

إذ لا يجوز أن يعود رقيقاً بعد الإعتاق، ولو تصوّر عود الرق إنّما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد.

ولا يمكن ذلك بالنسبة إلى العبد المسلم؛ لأنه يقتل بالارتداد، وَلا يُكَرَّرُ - ذلك - عَلَى العَبْدِ المُسْلِمِ؛ لأنه إذا ارتد قتل، بخلاف العبد الكافر والأمة مطلقاً، فالتحليف على السبب بالإجماع بأن قال: والله ما أعتقتُ.

قوله: لِأَنَّهُ لا عِلْمَ لَهُ بِمَا صَنَعَ المُوَرِّثُ فَلَا يَحْلِفُ عَلَى البَتَاتِ، وأصل هذا أنَّ الدعوى إذا وقعت على فعل المدعى عليه من كل وجهٍ، بأن ادعى عليه رجلٌ أنك سرقتَ هذا العين مني أو غصبتَ يستحلف على البتات، فإن وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم، حتى لو ادعى ديناً على ميت يحضر وارثه بسبب الاستهلاك، أو ادعى أن أباك سرقَ هذا العين منّي أو غصبَ هذا العين مني يحلف على العلم، وهذا مذهبنا.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها أن التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا في الردّ بالعيب، يريدُ به أنَّ المشتري إذا ادَّعى أنَّ العبد سارقٌ أو آبقٌ وأثبتَ إباقه أو سرقته في يد نفسه، وادَّعى أنه آبقٌ أو سرقَ في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات: بالله ما أبقَ ما سرق في يدك، وهذا تحليف على فعل الغير؛ وإنما كان هكذا لأن البائع ضمن تسليم المبيع سليماً عن العيوب، فالتحليفُ يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات.

وقد قيل: إن التحليف على فعل الغير إنَّما يكون على العلم إذا قال الذي استحلف: لا علمَ

الْمُطْلَقِ لِلْيَمِينِ إِذِ الشِّرَاءُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ المِلْكِ وَضْعًا وَكَذَا الهِبَةُ.

لي بذلك، فأمَّا إذا قال: لي علم بذلك يحلف على البتات، ألا ترى أن المودع إذا قال: قبَض صاحب الوديعةُ الوديعةَ منِّي، فإنه يحلف المودع على البتات، وكذلك الوكيل بالبيع إذا باعَ وسلم إلى المشتري ثم أقرَّ البائع أن الموكل قبض الثمن، وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه، فإذا حلف برئ المشتري، ويحلف الوكيل على البتات: بالله لقد قبضه الموكل، وهذا تحليف على فعل الغير، ولكن الوكيل يدعي أن له علماً بذلك فإنه قال: قبض الموكل الثمن فكان له علم بذلك فيحلف على البتات، كذا في «الفصول الأستروشنية».

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: أمَّا الوارث فلا علم له صنع المورث، ولعل المال كان أمانةً في يده، فلو حلف على البتات يتضرر فيحلف على العلم.

قوله: إِذِ الشِّرَاءُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ المِلْكِ وَضْعًا وَكَذَا الهِبَةُ، فإن قلتَ: بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الإرث وغيره، فإن الإرث أيضاً سببٌ موضوع للملك شرعاً كالهبة، فكيف استحلف في الإرث بالعلم وفي الهبة والشراء بالبتات؟

قلتُ: معنى **قوله: إِذِ الشِّرَاءُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ المِلْكِ وَضْعًا**، أي: أن ذلك السبب يثبت باختيار المشتري الشراء ومباشرته، ولو لم يعلم المشتري بأن ذلك العين الذي اشتراه ملك البائع لمَا باشره الشراء باختياره، وكذا الموهوب له في قبول الهبة، بخلاف الإرث فإنه يثبت الملك للوارث جبْرًا من غير اختياره، ولا علم له بحال ملك المورث، فلذلك يستحلف الوارث بالعلم والمشترى والموهوب له بالبتات، إلى هذا أشار فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير» فقال:

المشتري والموهوب له مالكٌ بسبب شرعي وضع له، وهذا يفيده علماً بأنه ملكه لا ملك غيره، فصحَّ تحليفه بالبتات، فإن أبى فقد امتنع عمَّا هو مطلق له فصار باذلًا، فأمَّا الوارث فلا علم له بما صنع المورث، فطولب بعلم إن كان له، وإذا لم يفعل مع الإمكان صار باذلًا.

وذكر صاحب «المحيط» رحمه الله الفرق بينهما بوجه آخر، ذكره في باب القضاء

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا فَافْتَدَى يَمِينَهُ أَوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى عَشَرَةٍ فَهُوَ جَائِزٌ) وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عُثْمَانَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -.

بالأيمان من قضايا «الجامع الصغير» فقال:

والفقه فيه أن الوارث خلف عن الميت، والنيابة لا تجري في اليمين حتى يحلف على البتات كالمورث، ولا كذلك المشتري؛ لأنه أصل بنفسه لا نائبٌ عن غيره.

وذكر الإمام اللامشي رحمه الله: أن في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرًا، وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول، ولو وجبت على العلم فحلف على البتات يسقط عنه الحلف على العلم، ولو نكل عنه يقضى عليه؛ لأن النكول عن الحلف على البتات أقوى، كذا في «الفصول».

قوله: وَمَنِ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا فَافْتَدَى يَمِينَهُ أَوْ صَالَحَهُ، فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى به، وقد يكون هو أقل من المدعى به، وأمَّا الصلح عن اليمين على المال فإنَّما يكون على مال أقل من المدعى به في الغالب؛ لأن الصلح ينبئ عن الحطيطة، وكلاهما مشروع.

قوله: وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عُثْمَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فقد اختلفت روايات الكتب في أنَّ عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك أم مدعيًا؟ ففى «الفوائد الظهيريَّة» أنه ادعى عليه أربعين درهمًا فأعطى شيئًا وافتدى يمينه ولم يحلف، فقيل: ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني، فقال: هذا بسبب يمينه الكاذبة.

وذكر في الباب الأول من دعوى «المبسوط» في احتجاج الشافعي رحمه الله في مسألة ردِّ اليمين على المدَّعي: أنَّ عثمان رضي الله عنه كان مدعيًا فقال: وحجَّته في رد اليمين على المدعي ما رُوي أنَّ عثمان رضي الله عنه ادَّعى مالًا على المقداد رضي الله عنه بين يدي عُمر رضي الله عنه إلى أن قال: ليحلف لي عثمان.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله تمام القصة فقال: رُوي أن مقداد بن الأسود رضي الله عنه استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم، ثمَّ قضاه أربعة آلاف، فترافعا إلى عُمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد: لِيَحْلف يا أمير المؤمنين، إنَّ الأمر كما يقول وليأخذ سبعة

(وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ عَلَى تِلْكَ اليَمِينِ أَبَدًا) لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

آلاف، فقال عُمر لعثمان رضي الله عنهما: أنصفك المقداد، احلف أنَّها كما تقول وخذها، فلم يحلف عثمان رضي الله عنه، فلمَّا خرج المقداد قال عثمان لعمر: إنَّها كانت سبعة آلاف، قال: فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك إليك؟ فقال عُثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله.

ثم قال في «المبسوط»: وتأويل حديث المقداد أنه ادَّعى الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول؛ ولأنه إذا حلف يتوقع الوقيعة في عرضه وأنه بالإفتداء يذبُّ عن عرضه، وذلك مستحسنٌ قال عليه الصَّلاة والسلام: «ذبُّوا عن أعراضكم بأموالكم»، وعن عليٍّ رضي الله عنه: «إيَّاك وما يقع عند الناس إنكاره، وإن كان عندك اعتذاره، فليس كل سامع بكرًا، يستطيع أن توسعه عذرًا».

ولأن المدعى عليه بذل المال لدفع القيل والقال، والمدعي أخذه عوضاً عن إسقاط حقه وهو اليمين، فيجوز وإن لم يكن الحق مالًا، كما لو صالح عن القصاص، ويجوز أن يكون العقد واحدًا ثم يختلف حكم البدل من الجانبين، كمن أقرَّ بحرية عبد ثمَّ اشتراه فما يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع، وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد ويتخلص عن ذل الرق، وكما في الصلح على الإنكار، فكذلك هاهنا.

ثم لمَّا بطل حقه في اليمين في لفظة الفداء والصلح، لا يكون له أن يستحلفه بعد ذلك، وبه فارق الشراء، فإنه لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز، وكان له أن يستحلفه؛ لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال، واليمين ليست بمالٍ، كذا ذكره الإمام المرغينانِي، وقاضي خان، والمحبوبي رحمهم الله تعالى، والله تعالى أعلم بالصواب.

(بَابُ التَّحَالُفِ)

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ فِي البَيْعِ فَادَّعَى أَحَدُهُمَا ثَمَنًا وَادَّعَى البَائِعُ أَكْثَرَ مِنْهُ أَوِ اعْتَرَفَ البَائِعُ بِقَدْرٍ مِنَ المَبِيعِ وَادَّعَى المُشْتَرِي أَكْثَرَ مِنْهُ فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا البَيِّنَةَ قَضَى لَهُ بِهَا)؛ لِأَنَّ فِي الجَانِبِ الآخَرِ مُجَرَّدَ الدَّعْوَى وَالبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنْهَا.

بابُ التحالف

لمَّا ذكر حكم الواحد في اليمين ذكر في هذا الباب حكم الاثنين فيها؛ لما أن الاثنين بعد الواحد وجودًا وكذا ذكرًا.

قوله: وَالبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنْهَا؛ لما أنَّ بالبينة يلزم على القاضي الحكم؛ لأنَّها أقوى لا يعارضها بمجرد الدعوى، وبمجرد الدعوى لا يلزم عليه الحكم.

قوله: وَلَوْ كَانَ الِاخْتِلَافُ - أي: بين المتبائعين - فِي الثَّمَنِ وَالمَبِيعِ جَمِيعًا فَبَيِّنَةُ البَائِعِ أَوْلَى فِي الثَّمَنِ وَبَيِّنَةُ المُشْتَرِي أَوْلَى فِي المَبِيعِ، وذكر في بيوع «المبسوط» صورةً لهذا وقال:

وإن قال البائع: بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقال المشتري: بعتني معها هذا الوصف بخمسين دينارًا، وأقاما البينة فهما جميعًا للمشتري بمائة دينار، وتقبل البينتان جميعًا ويقضى بالعقدين؛ لأن كل واحد منهما يثبت زيادةً في حقه، فبينة كل واحد منهما على ما تثبت من الزيادة في حقه مقبولة، وقيل هذا قول أبي حنيفة الآخر رضي الله عنه، وأمَّا في قوله الأول وهو قول زفر رحمه الله يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارًا، ونظير هذه المسألة في الإجارات.

(وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً كَانَتِ البَيِّنَةُ المُثْبِتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَى) لِأَنَّ البَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ وَلَا تَعَارُضَ فِي الزِّيَادَةِ (وَلَوْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَالمَبِيعِ جَمِيعًا فَبَيِّنَةُ البَائِعِ أَوْلَى فِي الثَّمَنِ وَبَيِّنَةُ المُشْتَرِي أَوْلَى فِي المَبِيعِ) نَظَرًا إِلَى زِيَادَةِ الإِثْبَاتِ.

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي إِمَّا أَنْ تَرْضَى بِالثَّمَنِ الَّذِي ادَّعَاهُ البَائِعُ وَإِلَّا فَسَخْنَا البَيْعَ، وَقِيلَ لِلْبَائِعِ إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ المُشْتَرِي مِنَ المَبِيعِ وَإِلَّا فَسَخْنَا البَيْعَ)؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ قَطْعُ المُنَازَعَةِ، وَهَذِهِ جِهَةٌ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا لا يَرْضَيَانِ

ثم المراد من قوله: وَلَوْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَالمَبِيعِ جَمِيعًا، أي: في قدرهما على ما ذكرنا من صورة المسألة.

وأمَّا إذا اختلفا في جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من لا اتفاق على قوله، كما لو قال البائع: بعتك هذه الجارية بعبدك هذا، وقال المشتري: اشتريتُها منك بمائة دينار، وأقاما البينة لزمه البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون المشتري؛ لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما، وإنَّما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أَوْلَى بالقبول؛ ولأنه يثبت ببينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك، والبينات للإثبات لا للنفي[1]، كذا في «المبسوط».

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): أقول: في التعليل الثاني بحث:

أمَّا أوَّلًا: فبالمعارضة؛ فإن المشتري يثبت ببينة الحق للبائع في مائة دينار، والبائع ينفي ذلك، والبينات للإثبات لا للنفي، فينبغي أن تقبل بينة المشتري دون البائع.

وأمَّا ثانيًا: فبالنقض؛ فإنه لو تمَّ هذا التعليل لأفاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده بإقامة البينة أيضًا، أخرج بنفي القول المشترك أيضًا ببينة حق البائع فيما ادَّعاه، والبينات للإثبات لا للنفي، مع أن المسألة على أنه إذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعًا.

وأمَّا ثالثًا: فبالمنع؛ فإنا لا نسلم أن المشتري ينفي ببينته البائع، بل هو يثبت بها ما يدعيه نفسه، وهو كون حق البائع مائة دينار، ويسكتُ عمَّا يثبته البائع، وهو كون حقه في العبد، فإن حصل ممَّا يثبته المشتري نفي ما يثبته البائع، فإنَّما هو بالتبع والتضمّن، لا بالإصالة والقصد، وذلك لا ينافي كون وضع البينات للإثبات دون النفي. انتهى

بِالفَسْخِ فَإِذَا عَلِمَا بِهِ يَتَرَاضَيَانِ بِهِ (فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضَيَا اسْتَحْلَفَ الحَاكِمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى دَعْوَى الآخَرِ) وَهَذَا التَّحَالُفُ قَبْلَ القَبْضِ عَلَى وِفَاقِ القِيَاسِ؛ لِأَنَّ البَائِعَ يَدَّعِي زِيَادَةَ الثَّمَنِ وَالمُشْتَرِيَ يُنْكِرُهُ، وَالمُشْتَرِيَ يَدَّعِي وُجُوبَ تَسْلِيمِ المَبِيعِ بِمَا نَقَدَ وَالبَائِعَ يُنْكِرُهُ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْكِرٌ فَيَحْلِفُ؛ فَأَمَّا بَعْدَ القَبْضِ فَمُخَالِفٌ لِلْقِيَاسِ لِأَنَّ المُشْتَرِيَ لا يَدَّعِي شَيْئًا؛ لِأَنَّ المَبِيعَ سَالِمٌ لَهُ فَبَقِيَ دَعْوَى البَائِعِ فِي زِيَادَةِ الثَّمَنِ وَالمُشْتَرِي يُنْكِرُهَا فَيُكْتَفَى بِحَلِفِهِ، لكِنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

قوله: فَإِذَا عَلِمَا بِهِ - أي: بالفسخ - يَتَرَاضَيَانِ بِهِ - أي: بمدعي كل واحد منهما - فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضَيَا، أي: بأن يعطي كل واحد ما يدعي صاحبه.

قوله: وَهَذَا التَّحَالُفُ قَبْلَ القَبْضِ، أي: قبل قبض المشتري السلعة، وهذا الذي ذكره اختيار أبي خازم[1] القاضي.

وأمَّا في أصل رواية «المبسوط» لم يشترط في أن التحالف مخالف للقياس لهذا الشرط فقال: وإذا اختلف البائع والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يد البائع أو المشتري، فإنَّهما يتحالفان ويترادان استحساناً، وفي القياس القول قول المشتري؛ لأنَّهما اتفقا على أصل البيع، وادعى البائع زيادةً في حقه وهو الثمن، والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «واليمين على من أنكر»، ولكنَّا تركنا القياس بالسنة، والمرويُّ في الباب حديثان:

أحدهما: حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلَّى الله عليه وسلم قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها، فالقول ما يقوله البائع ويترادان».

والثاني: حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلَّى الله عليه وسلم قال: «إذا اختلف

(١) في نسخة يوسف آغا (يغ) زيادة في النصّ: وذكر في «المغرب»: أبو خازم القاضي بالخاء المعجمة، وذكر في «المتشابه» بالحاء المهملة.

وَالسَّلَامُ - «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا تَحَالَفَا وَتَرَادَّا».

(وَيَبْتَدِئُ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِي) وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ أَشَدُّهُمَا إِنْكَارًا؛ لِأَنَّهُ يُطَالِبُ أَوَّلًا بِالثَّمَنِ وَلِأَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فَائِدَةَ النُّكُولِ وَهُوَ إِلْزَامُ الثَّمَنِ، وَلَوْ بُدِئَ بِيَمِينِ الْبَائِعِ تَتَأَخَّرُ الْمُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ إِلَى زَمَانِ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ. وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ أَوَّلًا: يَبْدَأُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ مَا قَالَهُ الْبَائِعُ» خَصَّهُ بِالذِّكْرِ، وَأَقَلُّ فَائِدَتِهِ التَّقْدِيمُ.

المتبايعان تحالفا وترادًّا»، فالحديث صحيح مشهورٌ، فيترك كل قياس بمقابلته، ثم قال: وكان أبو خازم القاضي رحمه الله يقول: إن كانت السلعة في يد البائع فالتحالف بطريق القياس؛ لأن كل واحد منهما يدعي لنفسه حقًّا على صاحبه على ما ذكرنا، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه قياسـًا، وإن كانت في يد المشتري فالتحالف بخلاف القياس؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لا يَدَّعِي لنفسه على البائع شيئـًا، فإن المبيع مسلم إليه باتفاقهما.

قوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن القول الأول لأبي يوسف رحمه الله بأنه يبدأ بيمين البائع.

قوله: لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ أَشَدُّهُمَا إِنْكَارًا؛ لأن المشتري هو المبتدأ به في حقوق العقد وهو تسليم الثمن، فكان هو البادئ بالإنكار.

ولهذا قلنا في بيع المقايضة، فإن القاضي يبدأ بيمين أيهما شاء؛ لأنه لا يجب على أحدهما التسليم قبل صاحبه أو لِأَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فَائِدَةَ النُّكُولِ، أي: يتوجه على المشتري الإلزام بالنكول في الحال، بخلاف البائع فإن الإلزام بالنكول عليه يتأخر.

قوله: وَأَقَلُّ فَائِدَتِهِ التَّقْدِيمُ، أي: النبي صلَّى الله عليه وسلم جعل القول قول البائع، وهذا يقتضي الاكتفاء بيمينه، فإن كان لا يكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه، كذا في «المبسوط».

(وَإِنْ كَانَ بَيْعُ عَيْنٍ بِعَيْنٍ أَوْ ثَمَنٍ بِثَمَنٍ بَدَأَ القَاضِي بِيَمِينِ أَيِّهِمَا شَاءَ) لِاسْتِوَائِهِمَا (وَصِفَةُ اليَمِينِ أَنْ يَحْلِفَ البَائِعُ بِاللهِ مَا بَاعَهُ بِأَلْفٍ وَيَحْلِفَ المُشْتَرِي بِاللهِ مَا اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ) وَقَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: يَحْلِفُ بِاللهِ مَا بَاعَهُ بِأَلْفٍ وَلَقَدْ بَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ، يَحْلِفُ المُشْتَرِي بِاللهِ مَا اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ وَلَقَدِ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ يَضُمُّ الإِثْبَاتَ إِلَى النَّفْيِ تَأْكِيدًا، وَالأَصَحُّ الِاقْتِصَارُ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّ الأَيْمَانَ عَلَى ذَلِكَ وُضِعَتْ، دَلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ القَسَامَةِ «بِاللهِ مَا قَتَلْتُمْ وَلا عَلِمْتُمْ لَهُ قَاتِلًا».

قَالَ: (فَإِنْ حَلَفَا فَسَخَ القَاضِي البَيْعَ بَيْنَهُمَا) وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لا يَنْفَسِخُ بِنَفْسِ التَّحَالُفِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ مَا ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيَبْقَى بَيْعٌ مَجْهُولٍ فَيَفْسَخُهُ القَاضِي قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ. أَوْ يُقَالُ إِذَا لَمْ يَثْبُتِ البَدَلُ يَبْقَى بَيْعًا بِلا بَدَلٍ وَهُوَ فَاسِدٌ وَلا بُدَّ مِنَ الفَسْخِ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ. قَالَ: (وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا عَنِ اليَمِينِ لَزِمَهُ دَعْوَى الآخَرِ)؛

قوله: لِأَنَّ الأَيْمَانَ عَلَى ذَلِكَ وُضِعَتْ، أي: على النفي وضعت لا على الإثبات؛ لأنه لم يثبت ما ادَّعاه كل واحد منهما، حتى إذا اصطلحا على شيء تركا على ذلك.

قوله: أَوْ يُقَالُ إِذَا لَمْ يَثْبُتِ البَدَلُ، أي: للتعارض والاختلاف.

قوله: وَلا بُدَّ مِنَ الفَسْخِ فِي فَاسِدِ البَيْعِ، وهما لم يفسخاه فلا بدَّ أن يقوم القاضي مقامهما في الفسخ، ولكن ذكر في باب الاختلاف في البيوع من بيوع «المبسوط» في أثناء الكلام: أن القاضي إنَّما يفسخ البيع عند طلب أحدهما، فما لم يفسخ حل للمشتري وطؤها لو كان المبيع جاريةً، ولو فسدَ البيع بالتحالف لما حلَّ للمشتري وطؤها ولما تأخَّر حكم الفسخ إلى طلب أحدهما.

قوله: وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا عَنِ اليَمِينِ لَزِمَهُ دَعْوَى الآخَرِ؛ لأن النكول حجة في باب الأموال.

لِأَنَّهُ جُعِلَ بَاذِلًا فَلَمْ يَبْقَ دَعْوَاهُ مُعَارِضًا لِدَعْوَى الآخَرِ فَلَزِمَ القَوْلُ بِثُبُوتِهِ.

قَالَ: (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الأَجَلِ أَوْ فِي شَرْطِ الخِيَارِ أَوْ فِي اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ فَلَا تَحَالُفَ بَيْنَهُمَا)؛ لِأَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي غَيْرِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالمَعْقُودِ بِهِ، فَأَشْبَهَ الِاخْتِلَافَ فِي الحَطِّ وَالإِبْرَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ بِانْعِدَامِهِ لا يَخْتَلُّ مَا بِهِ قِوَامُ العَقْدِ،

قوله: وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الأَجَلِ ... فَلَا تَحَالُفَ بَيْنَهُمَا، والقول قول البائع، وهذا عندنا.

وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يتحالفان؛ لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن، فإن المؤجل أنقص من الحال في المالية، ولكنا نقول: اختلفا في مدَّة ملحقة بالعقد شرطًا، فيكون القول قول من أنكرها، ولا يجري التحالف كما لو اختلفا في خيار الشرط؛ وهذا لأن حكم التحالف عُرف بالنصّ، وإنما ورد النص عند الاختلاف فيما يتمُّ به العقد والأجل وراء ما يتمُّ به العقد، فلم يكن في معنى المنصوص فأخذنا فيه بالقياس، وجعلنا القول قول البائع سواءً أنكر زيادة الأجل أو أصل الأجل.

وفرق بين هذا وبين الأجل في باب السلم، فإن هُناك القول قول من يدعي الأجل عند أبي حنيفة رحمه الله، وهُنا القول قول من ينكر الأجل من قبل أن هُناك الأجل من شرائط صحة العقد، فإقراره بالعقد إقرار به وبما هو من شرائط العقد، فإذا أنكر الأجل بعد ذلك فقد رجع عن الإقرار بعدما أقرَّ به فلا يصدق، وأمَّا هاهنا فالأجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته؛ لأن العقد يقتضي إيفاء الثمن والمعقود عليه في المجلس، فالمشتري يدعي عليه التأخير وهو منكر، فكان القول قول المنكر، وإذا اتفقا في الأجل واختلفا في مضيه فالقول قول المشتري؛ لأن الأجل حقه وهو منكر استيفاء حقه، كذا في بيوع «المبسوط».

قوله: أَوْ فِي اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ، ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك، حيث يكون اليمين على البائع لا غير، وإنَّما لم يذكره؛ لأن ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى.

قوله: وَهَذَا لِأَنَّ بِانْعِدَامِهِ، أي: بانعدام ما ذكرنا من الأجل وشرط الخيار واستيفاء

بِخِلَافِ الِاخْتِلَافِ فِي وَصْفِ الثَّمَنِ وَجِنْسِهِ حَيْثُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الِاخْتِلَافِ فِي الْقَدْرِ فِي جَرَيَانِ التَّحَالُفِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى نَفْسِ الثَّمَنِ فَإِنَّ الثَّمَنَ دَيْنٌ وَهُوَ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ، وَلا كَذَلِكَ الأَجَلُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصْفٍ، أَلَا تَرَى أَنَّ الثَّمَنَ مَوْجُودٌ

بعض الثمن.

قوله: لا يَخْتَلُّ مَا بِهِ قِوَامُ العَقْدِ؛ لأن العقد بلا شرط وأجل جائز، فإذا اختلفا في الشرط أو في الأجل وحلفا بقي العقد بلا شرط وأجل، وإنه لا يوجب الفساد، وأمَّا إذا اختلفا في الثمن أو المثمن وحلفا لم يثبت ما ادَّعاه أحدهما، فيبقى الثمن أو المثمن مجهولًا، وذلك يوجب الفساد.

ووجه آخر وهو أن الاختلاف في الثمن أو المثمن يوجب الاختلاف في العقد، ألا ترى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بألف درهم والآخر بالبيع بالدنانير لا يقبل، فإذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيًا ومنكرًا، أمَّا الاختلاف في الشرط والأجل لا يوجب الاختلاف في العقد، ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بألف إلى شهر، وشهدَ الآخر أنه باعه بألف يقضى بالعقد بألف حالة، وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه، ولم يذكر الخيار جازت الشهادة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع».

قوله: بِخِلَافِ الِاخْتِلَافِ فِي وَصْفِ الثَّمَنِ - بأنه جيِّد أو رديء - وَجِنْسِهِ - بأنه دراهم أو دنانير.

قوله: لِأَنَّ ذَلِكَ، أي: الاختلاف في الوصف.

قوله: فَإِنَّ الثَّمَنَ دَيْنٌ وَهُوَ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ، فلمَّا اختلفا في الوصف وهو معرف صار الاختلاف في المعرف وهو الثمن.

قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصْفٍ، أي: لأن الأجل ليس بوصف، بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط.

بَعْدَ مُضِيِّهِ (وَالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُ الخِيَارَ وَالأَجَلَ مَعَ يَمِينِهِ)؛ لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ بِعَارِضِ الشَّرْطِ وَالقَوْلُ لِمُنْكِرِ العَوَارِضِ.

قَالَ: (فَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ ثُمَّ اخْتَلَفَا لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ وَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ البَيْعُ عَلَى قِيمَةِ الهَالِكِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعَلَى هَذَا إِذَا خَرَجَ المَبِيعُ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ صَارَ بِحَالٍ لا يَقْدِرُ عَلَى رَدِّهِ بِالعَيْبِ. لَهُمَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي

قوله: فَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ - أي: بعد قبض المشتري - ثُمَّ اخْتَلَفَا، أي: في مقدار الثمن، هكذا ذكر الاختلاف في «المبسوط» وقال: وإن كانت السلعة قد هلكت في يد المشتري ثم اختلفا في الثمن، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله القول قول المشتري مع يمينه، وعند محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويترادان العقد على القيمة؛ لظاهر قوله صلَّى الله عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادَّا».

ولا يمنعنا من الاستدلال بظاهر هذا الحديث ما في الحديث الآخر من ظاهر قوله صلَّى الله عليه وسلم: «والسلعة قائمة بعينها»؛ لأن ذلك مذكور على سبيل التنبيه، أي: تحالفا وإن كانت السلعة قائمة؛ لأن عند ذلك يتأتى تمييز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال، ولا يتأتى ذلك بعد هلاك السلعة، فإذا كان يجري التحالف مع إمكان تمييز الصادق من الكاذب فعند عدم الإمكان أَوْلَى؛ ولأن التحالف عند قيام السلعة إنما يصار إليه، أي: يتحالفان في هاتين الصورتين بالإجماع.

قوله: لَهُمَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي، عقدًا ينكره صاحبه، فالبيع بألف غير البيع بألفين، ألا ترى أن شاهدي البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة، والدليل عليه أنه لو انفرد كل واحد منهما بإقامة البينة وجبَ قبول بينته، فعرفنا أن كل واحد منهما يدعي حقًّا ينكره صاحبه، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه.

غَيْرَ العَقْدِ الَّذِي يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ وَالآخَرُ يُنْكِرُهُ،

وهذا المعنى عند هلاك السلعة متحقق، فصار كما لو ادَّعى أحدهما البيع والآخر الهبة، أو كان البيع مقايضة وهلك أحد البدلين ثمَّ اختلفا، ثمَّ إذا حلفا فقد انتفى كل واحد من الثمنين بيمين المنكر منهما، فيبقى البيع بلا ثمن، والبيع بلا ثمن يكون فاسدًا، والمقبوض بحكم عقد فاسد يجبُ ردُّ عينه في حال قيامه، وردُّ قيمته بعد هلاكه.

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله استدلا بقوله صلَّى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، والبائع هو المدعي والمشتري منكر، فكان القول قوله مع اليمين، فأمَّا المشتري فلا يدعي لنفسه شيئًا على البائع؛ لأن المبيع مملوك له مسلم إليه باتفاقهما، وهذا هو القياس حال قيام السلعة أيضًا، ولكن تركناه بالنصِّ وهو قوله صلَّى الله عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراد».

وقوله صلَّى الله عليه وسلم: «والسلعة قائمة» مذكورة على وجه الشرط لا على وجه التنبيه؛ لأن قوله صلَّى الله عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان» شرط، وقوله صلَّى الله عليه وسلم: «والسلعة قائمة بعينها» معطوف على الشرط فكان شرطًا؛ لأن موجب العطف الاشتراك، والمخصوص من القياس بالسنة لا يلحق به إلا ما كان في معناه، وحال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة؛ لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف، فإنه يفسخ العقد فيعود إلى كل واحد منهما رأس ماله بعينه، وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك، والعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ، ألا ترى أنه لا يفسخ بالإقالة والرد بالعيب، فكذلك بالتحالف؛ وهذا لأن الفسخ لا يرد إلا ما وردَ عليه العقد، والمعقود عليه فاتَ لا إلى بدل، فإن القيمة قبل الفسخ لا تكون واجبة على المشتري، والفسخ على غير محله لا يتأتى.

بخلاف بيع المقايضة، فإن أحد العوضين هناك قائمٌ وهو معقود عليه؛ ولهذا جاز الفسخ بالإقالة والرد بالعيب، فكذلك بالتحالف، ولا معنى لقوله: إن كل واحد منهما يدعي عقدًا آخر، فإن العقد لا يختلف باختلاف الثمن، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف يبيع بألفين، وأن البيع بألف قد يصير بألفين بالزيادة في الثمن، والبيع بألفين يصير بألف عند حط بعض

وَأَنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ فَيَتَحَالَفَانِ؛ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ الثَّمَنِ بَعْدَ هَلَاكِ السِّلْعَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّ التَّحَالُفَ بَعْدَ القَبْضِ عَلَى خِلَافِ القِيَاسِ لِأَنَّهُ سَلَّمَ لِلْمُشْتَرِي مَا يَدَّعِيهِ وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي حَالِ قِيَامِ السِّلْعَةِ،

الثمن، واختلاف الشاهدين في مقدار الثمن إنَّما يمنع قبول الشهادة، لا لاختلاف العقد؛ بل لأن المدعى يكون أحدهما وقبول بينة المشتري عند الانفراد؛ لأنه مدع صورةً لا معنًى، وذلك يكفي لقبول بينته، ولكن لا يتوجه به اليمين على خصمه، كالمودِع يدعي ردَّ الوديعة، فلا يتوجه به اليمين على خصمه، وإن كانت بينته تقبل عليه.

والدليل عليه أن المشترى لو كان جاريةً حلت للمشتري وطؤها، ولو كان الاختلاف في الثمن موجبًا اختلافَ العقد لما حلَّ له وطؤها، كما إذا ادَّعى أحدهما البيع والآخر الهبة، وبهذا تبطل دعوى الفساد وهو قوله: أنَّهما لما حلفا يبقى العقد بلا ثمن؛ لأنه لو كان هكذا لما حلَّ له وطئها، والحديث المطلق فيه ما يدلُّ على قيام السلعة وهو لفظ التراد؛ لأنه لمَّا كان المراد ردُّ المأخوذ حسًّا وحقيقةً فذلك يتأتى عند قيام السلعة، وإن كان المراد رد العقد فقد بيَّنا أن الفسخ إنما يتأتى عند قيام السلعة، مع أن المطلق والمقيَّد في حادثةٍ واحدةٍ في حكم واحد إذا وردا فالمطلق محمولٌ على المقيَّد، كذا في «المبسوط».

قوله: إِذَا خَرَجَ المَبِيعُ عَنْ مِلْكِهِ، أي: ملك المشتري.

قوله: وَأَنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ، أي: وأن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف، فإن فائدة الثمن النكول، وهذا جواب سُؤال مقدر وهو أن يقال: ما فائدة التحليف على قول محمد رحمه الله بعد الهلاك مع عدم حكمه؟ فإن حكم التحالف التراد فامتنع التراد بالهلاك، فلا فائدة في التحالف.

فأجابَ عنه وقال: بل فيه فائدة، وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع عمَّا أقرَّ به المشتري على تقدير نكول المشتري، فلذلك يتحالفان.

فإن قيل: هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذٍ فما فائدة تحليف البائع؟

وَالتَّحَالُفُ فِيهِ يُفْضِي إِلَى الفَسْخِ، وَلا كَذَلِكَ بَعْدَ هَلاكِهَا لِارْتِفَاعِ العَقْدِ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ وَلِأَنَّهُ لا يُبَالِي بِالِاخْتِلَافِ فِي السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ، وَإِنَّمَا يُرَاعَى مِنَ الفَائِدَةِ مَا يُوجِبُهُ العَقْدُ، وَفَائِدَةُ دَفْعِ زِيَادَةِ الثَّمَنِ لَيْسَتْ مِنْ مُوجِبَاتِهِ

قلنا: لم يحصل نِهاية الفائدة بتحليف المشتري، فإن المشتري إذا نكل يجبُ الثمن الذي ادَّعاه البائع، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادَّعاه البائع عليه من الزيادة، فَيَتَحَالَفَانِ؛ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ الثَّمَنِ بَعْدَ هَلَاكِ السِّلْعَةِ، فإنه إذا ادَّعى أحدهما العقد بدراهم والآخر بدنانير تحالفا، ولزم على المشتري ردُّ القيمة، كذا في «الأسرار».

قوله: لِارْتِفَاعِ العَقْدِ - أي: بِهلاك المبيع - فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ، أي: فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة؛ لعدم إمكان توفير موجب التحالف وهو الفسخ، حيث لم يبق الفسخ لعدم محله فلا يتحالفان.

قوله: وَلِأَنَّهُ لا يُبَالِي بِالِاخْتِلَافِ فِي السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ، هذا جواب عن قوله: يَدَّعِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرَ العَقْدِ الَّذِي يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ، فيختلف السبب.

قلنا: إذا حصل المقصود لغى السبب، والمقصود للمشتري من هذا السبب ملك المبيع وقبضه، وهو قد حصل، فلا يبالى حينئذٍ باختلاف السبب، كمن أقرَّ لغيره بألف من ثمن عبد وقال المقر له: لا بل غصبتَ منِّي ألفاً، تجب الألف على المقر.

قوله: وَإِنَّمَا يُرَاعَى مِنَ الفَائِدَةِ مَا يُوجِبُهُ العَقْدُ، وهو ملك المعقود عليه وقبضه، وهذا أيضاً جواب عمَّا قاله محمد رحمه الله من فائدة التحالف بعد هلاك السلعة بقوله: وَأَنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ، أي: يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن اليمين على ما ذكرنا.

قلنا: تلك الفائدة ليست من موجبات العقد، بل هي من موجبات نكول المشتري عن اليمين، وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته، بل موجب العقد هو ملك المعقود عليه للمشتري، وهو حاصل فلا يتحالفان.

وَهَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا، فَإِنْ كَانَ عَيْنًا يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّ المَبِيعَ فِي أَحَدِ الجَانِبَيْنِ قَائِمٌ فَتَوَفَّرُ فَائِدَةُ الفَسْخِ ثُمَّ يَرُدُّ مِثْلَ الهَالِكِ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ أَوْ قِيمَتَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ.

وهذا أيضـاً أعني قوله: وَإِنَّمَا يُرَاعَى مِنَ الفَائِدَةِ مَا يُوجِبُهُ العَقْدُ، يصلح جواباً لما يرد من الشبهة على قوله: وَلِأَنَّهُ لا يُبَالِي بِالِاخْتِلَافِ فِي السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ، بأن قيل: هذا يشكل بما إذا ادَّعى أحدهما البيع والآخر الهبة، فإنَّهما يتحالفان على ما ذكرنا من «المبسوط» في تعليل محمد رحمه الله.

فأجاب عنه بقوله: وَإِنَّمَا يُرَاعَى مِنَ الفَائِدَةِ مَا يُوجِبُهُ العَقْدُ، وليس التحالف هناك أيضاً من موجب العقد، بل موجب العقد ثبوت الملك للموهوب له أو للمشتري.

فإن قيل: لو اعتبرنا لحصول المقصود من غير اعتبار لاختلاف السبب، كان ينبغي أن لا يتحالفان عند قيام السلعة؛ لأن المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصلٌ للمشتري، حتى لو كان جاريةً حلَّ للمشتري وطئها.

قلنا: نعم كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس فقلنا به.

قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا - بأن كان دراهم أو دنانير، أو من المكيلات، أو من الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمَّة - فَإِنْ كَانَ عَيْنًا، أي: فإن كان الثمن عيناً بأن كان الثمن غير الدراهم والدنانير، وغير الموصوف من المكيلات والموزنات الثابتة في الذمَّة، يعني إذا كان البيع بيع مقايضة فهلك المبيع يبقى جواز التحالف، والمراد من هلاك المبيع في بيع المقايضة هلاك أحد العوضين؛ لما أن المبيع غير متعيَّن لكونه مبيعاً حينئذٍ؛ لأن كل واحد من العوضين مبيع وثمن، والدليل على هذا ما ذكره بعده بقوله: لِأَنَّ المَبِيعَ فِي أَحَدِ الجَانِبَيْنِ قَائِمٌ، حيث سمَّى القائم مبيعاً بعدما سمَّى الهالك مبيعاً، ودخول الباء ليس بمعين للثمنية في العوضين المعينين، لما ذكرنا في أوائل كتاب البيوع، ولمَّا كان كذلك كان حكم التحالف وهو التراد بقدر الإمكان ثابتاً، فيتحالفان لقيام المبيع كما هو كافٍ لصحة الإقالة، فكان كافياً للتحالف.

قَالَ: (وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ العَبْدَيْنِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا أَنْ يَرْضَى البَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الهَالِكِ مِنَ الثَّمَنِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: القَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا أَنْ يَشَاءَ البَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ العَبْدَ الحَيَّ وَلا شَيْءَ لَهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَتَحَالَفَانِ فِي الحَيِّ وَيُفْسَخُ العَقْدُ فِي الحَيِّ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي فِي قِيمَةِ الهَالِكِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَتَحَالَفَانِ

قوله: وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ العَبْدَيْنِ، أي: بعد قبضهما المشتري؛ لأنه ذكر في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: رجل اشترى عبدين وقبضهما وماتَ أحدهما ثمَّ اختلفا في الثمن، فالقول قول المشتري مع اليمين، ثم قال بعد هذا في حجة محمد رحمه الله: بأنه يتحالفان عليهما بقوله، ولهذا لو هلك أحدهما قبل القبض يتحالفان، وبهذا يعلم أن بعض المبيع إذا هلك قبل القبض يتحالفان بالإجماع.

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: القَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي - أي: فيهما - **مَعَ يَمِينِهِ**، كذا ذكره الإمام الكشاني رحمه الله، وإنَّما أعاد ذكر لفظ «الجامع الصغير»؛ لأن لفظ «الجامع الصغير» يقتضي أن يكون المستثنى منه يمين المشتري، ولفظ «المبسوط» يقتضي أن يكون المستثنى منه عدم التحالف؛ لأن المذكور قبل الاستثناء هناك **قوله: لَمْ يَتَحَالَفَا**.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وتكلم المشايخ في **قوله: إِلَّا أَنْ يَشَاءَ البَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ العَبْدَ الحَيَّ** ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً، على ما ذكر في الكتاب، وتكلموا أيضاً أن هذا الاستثناء إلى ماذا ينصرف؟ قال مشايخ بلخ رحمهم الله: ينصرف إلى يمين المشتري، ومعناه أن البائع يأخذ الحيَّ منهما صلحاً عمَّا يدعيه قبل المشتري من الزيادة، فيجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر، وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء: لا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله، ويكون القول قول المشتري مع يمينه، إلا أن يأخذه البائع الحيَّ ولا يأخذ شيئاً آخر على هذا التقدير، فحينئذٍ لا يحلف المشتري.

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله: إلا أن هذا لا يقوى؛ لأن الأخذ

عَلَيْهِمَا وَيَرُدُّ الحَيَّ وَقِيمَةَ الهَالِكِ) لِأَنَّ هَلَاكَ كُلِّ السِّلْعَةِ لا يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُ فَهَلَاكُ البَعْضِ أَوْلَى. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ امْتِنَاعَ التَّحَالُفِ لِلْهَلَاكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ التَّحَالُفَ عَلَى خِلَافِ القِيَاسِ فِي حَالِ قِيَامِ السِّلْعَةِ

معلق بمشيئة البائع، ولو كان أخذ الحي بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيئتهما، وعامة مشايخنا على أن الاستثناء منصرف إلى التحالف، وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء: لا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحيَّ ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً فيتحالفان؛ وهذا لأن المذكور التحالف دون يمين المشتري، فكان صرف الاستثناء إلى المذكور أوْلَى.

وبعضهم قالوا: لا بل ينصرف إلى يمين المشتري، على معنى أن البائع إذا رضي أن يأخذ الحيَّ ولا يأخذ من ثمن الميت، فحينئذٍ لا يحلف المشتري؛ لأن المشتري إنَّما يحلف إذا أنكر ما يدعيه البائع، والبائع إذا أعرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشتري.

وقال الإمام الكشاني رحمه الله: يأخذ البائع في حق الهالك من المشتري ما يقرُّ به المشتري، فحينئذ لا يحلف؛ لأن الاستحلاف إنَّما شُرع في حق المشتري إذا كان ينكر ما يدَّعيه البائع من الزيادة، فإذا ترك البائع دعوى الزيادة وأخذ الحيَّ ورضيَ به المشتري فلا حاجة إلى استحلاف المشتري، والصحيح هو ترك دعوى الزيادة من الثمن، لا ترك ثمن الميت؛ لأن البائع لا يترك من ثمن الميت ما أقرَّ به المشتري، إنما يترك دعوى الزيادة.

ومعنى قوله: لا يأخذ شيئاً، أي: لا يأخذ من الزيادة التي يدعيها شيئاً، وعلى هذا التقدير يكون الاستثناء منصرفاً إلى يمين المشتري، ومن أصحابنا من قال: الاستثناء ينصرف إلى التحالف؛ لأن البائع إذا رضي أن لا يأخذ شيئاً سوى الحي يتحالفان، وهو ليس بصحيح لما بينا؛ ولأن المذكور استحلاف المشتري لا ترك التحالف، والاستثناء ينصرف إلى المذكور لا إلى غير المذكور.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ التَّحَالُفَ عَلَى خِلَافِ القِيَاسِ، إلى أن قال: وَلِأَنَّهُ لا

وَهِيَ اسْمٌ لِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا فَلا تَبْقَى السِّلْعَةُ بِفَوَاتِ بَعْضِهَا، وَلِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ التَّحَالُفُ فِي القَائِمِ إِلَّا عَلَى اعْتِبَارِ حِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فَلا بُدَّ مِنَ القِسْمَةِ وَهِيَ تُعْرَفُ بِالحَذَرِ وَالظَّنِّ فَيُؤَدِّي إِلَى التَّحَالُفِ مَعَ الجَهْلِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى البَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الهَالِكِ أَصْلًا لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الثَّمَنُ كُلُّهُ بِمُقَابَلَةِ القَائِمِ وَيَخْرُجُ الهَالِكُ عَنِ العَقْدِ فَيَتَحَالَفَانِ. هَذَا تَخْرِيجُ بَعْضِ المَشَايِخِ وَيُصْرَفُ الِاسْتِثْنَاءُ عِنْدَهُمْ إِلَى التَّحَالُفِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَقَالُوا: إِنَّ المُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ يَأْخُذُ الحَيَّ وَلا شَيْءَ لَهُ، مَعْنَاهُ: لا يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الهَالِكِ شَيْئًا أَصْلًا. وَقَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ:

يُمْكِنُ التَّحَالُفُ فِي القَائِمِ إِلَّا عَلَى اعْتِبَارِ حِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، إلى آخره.

فإن قلتَ: ما الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبين مسألة الإجارة فيما إذا أقام القصار بعض العمل في الثوب، ثم وقع الاختلاف بين القصار وبين رب الثوب في مقدار الأجرة، ففي حصة ما أقامَ العمل القولُ قول رب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع اعتبارًا للبعض بالكل، فكان استيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك أحد العبدين، من حيث أن بالهلاك والاستيفاء لا يبقى التحالف، ثم في هلاك بعض المبيع لا يبقى التحالف عنده، وفي استيفاء بعض المنفعة يبقى التحالف في حق ما لم يستوف.

قلتُ: الفرق بينهما من حيث أن عقد البيع في العبدين عقد واحد، فإذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك تعذر في الباقي، وأمَّا عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقاده بحسب ما هو يقيم من العمل، فبأن تعذر فسخه في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي، هكذا ذكره في باب الرجل يستصنع الشيء من إجارات «المبسوط».

قوله: مَعْنَاهُ: لا يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الهَالِكِ شَيْئًا أَصْلًا، وعلى هذا التقدير ينصرف الاستثناء إلى التحالف، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف؛ لأنه إذا ترك البائع دعوى الزيادة وأخذ الحي ورضي به المشتري، فلا حاجة إلى استحلاف

يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الهَالِكِ بِقَدْرِ مَا أَقَرَّ بِهِ المُشْتَرِي، وَإِنَّمَا لا يَأْخُذُ الزِّيَادَةَ. وَعَلَى قَوْلِ هَؤُلاءِ يَنْصَرِفُ الاِسْتِثْنَاءُ إِلَى يَمِينِ المُشْتَرِي لا إِلَى التَّحَالُفِ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَخَذَ البَائِعُ بِقَوْلِ المُشْتَرِي فَقَدْ صَدَّقَهُ فَلا يَحْلِفُ المُشْتَرِي، ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّحَالُفِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ مَا بَيَّنَّاهُ فِي القَائِمِ. وَإِذَا حَلَفَا وَلَمْ يَتَّفِقَا عَلَى شَيْءٍ فَادَّعَى أَحَدُهُمَا الفَسْخَ أَوْ كِلاهُمَا يُفْسَخُ العَقْدُ بَيْنَهُمَا وَيَأْمُرُ القَاضِي المُشْتَرِيَ بِرَدِّ البَاقِي وَقِيمَةِ الهَالِكِ.

المشتري على ما ذكرنا من «الجامع الكشاني» رحمه الله.

قوله: ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّحَالُفِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ مَا بَيَّنَّاهُ فِي القَائِمِ، أي: في بقاء المبيع كله وهو قوله: وَصِفَةُ اليَمِينِ أَنْ يَحْلِفَ البَائِعُ بِاللهِ مَا بَاعَهُ بِأَلْفٍ، إلى آخره، وإنما لم تختلف صفة التحالف بعد هلاك أحد العبدين عند محمد رحمه الله؛ لما أن قيام السلعة ليس بشرط عنده للتحالف، فيتحالفان في الصورتين بصفة واحدة، ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك، والقول في قيمة الهالك قول المشتري؛ لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر، فيكون القول قوله مع اليمين، كما لو اختلفا في قيمة المغصوب أو المقبوض بحكم عقد فاسد.[1]

وعند أبي يوسف رحمه الله يتحالفان على القائم؛ لأنَّهما لو كانا قائمين يتحالفان عليهما، ولو كانا هالكين لا يتحالفان، فإذا كان أحدهما قائماً يتحالفان في القائم؛ لأن فائدة التحالف الفسخ، وبعد هلاك أحد العبدين يمكن فسخ العقد في القائم، ولهذا لو تقايلا بعد هلاك أحد العبدين صحت الإقالة فيه، وصورة التحالف عند أبي يوسف رحمه الله أن يحلف المشتري أوَّلًا بالله ما اشتريتُ العبدين منه بالثمن الذي يدعي البائع، فإن نكلَ يثبت ما ادَّعاه

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): أقول: لقائل أن يقول: بهذا الفرق إنما يتمتع بالنظر إلى الدليل الأول، وأمَّا بالنظر إلى الدليل الثاني فلا؛ لأن عقد الإجارة وإن كان في حكم عقود متفرقة، إلا أنه في الصورة المذكورة كان بصفقةٍ واحدةٍ لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه أجرة معلومة، فلابدَّ من القسمة، وهي بالحرز والظن، فيؤدي إلى التحالف مع الجهل بعين ما قيل في عقد البيع، فينبغي أن لا يجوز أيضاً.

وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى -، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي بِاللهِ مَا اشْتَرَيْتُهُمَا بِمَا يَدَّعِيهِ الْبَائِعُ، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْبَائِعِ، وَإِنْ حَلَفَ يَحْلِفُ الْبَائِعُ بِاللهِ مَا بِعْتُهُمَا بِالثَّمَنِ الَّذِي يَدَّعِيهِ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْمُشْتَرِي، وَإِنْ حَلَفَ يَفْسَخَانِ الْعَقْدَ فِي الْقَائِمِ وَتَسْقُطُ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ

البائع، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتُهما بالثمن الذي يدعي المشتري، فإن نكل يثبت ما ادَّعاه المشتري، وإن حلف لم يثبت فيفسخ العقد بينهما في القائم، ويرد القائم ويتقرر على المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقرُّ به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك؛ لأن وجوب القيمة حكم انفساخ العقد، والعقد في الهالك لم ينفسخ عند أبي يوسف رحمه الله.

ومن الناس من قال: على قول أبي يوسف رحمه الله لا يتحالفان على هذا الوجه، بل يتحالفان في القائم لا غير؛ لأن العقد يفسخ في القائم لا في الهالك، وهذا ليس بصحيح؛ لأن المشتري لو حلفَ بالله ما اشتريتُ القائم بحصته من الثمن الذي يدعي البائع يحلف ويكون صادقاً، فإنَّ من اشترى شيئين بألف درهم إذا حلف أنه ما اشترى أحدهما بألف درهم كان صادقاً، وكذلك البائع لو حلف بالله ما بعتُ القائم بحصته من الثمن الذي يدعي المشتري يحلف ويكون صادقاً فيه، فلا يفيد التحالف فيحلف على الوجه الذي قلنا.

وقوله: وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، ولم يذكر تفسير التحالف على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عنده لم يجري التحالف عند هلاك السلعة أو بعضها؛ لأن التحالف بعد القبض عرف نصًّا، والنصُّ ورد حال قيام السلعة والسلعة اسم للكل، فإذا هلك البعض فاتَ الشرط الذي يتعلق به التحالف، ثم قال أبو حنيفة رحمه الله: إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً، وقد ذكرنا معناه، هذا كله ممَّا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي بِاللهِ مَا اشْتَرَيْتُهُمَا، إلى آخره، هذا احترِاز عن القول الآخر الذي ذكرناه بأن بعض الناس يقولون: بل يتحالفان عند أبي يوسف رحمه الله

وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِي حِصَّةَ الهَالِكِ وَيُعْتَبَرُ قِيمَتُهُمَا فِي الِانْقِسَامِ يَوْمَ القَبْضِ.

في القائم لا غير.

قوله: وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِي حِصَّةَ الهَالِكِ وَيُعْتَبَرُ قِيمَتُهُمَا فِي الِانْقِسَامِ يَوْمَ القَبْضِ، يعني يقسم الثمن الذي أقرَّ به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقرَّ به المشتري وسقطَ عنه نصف الثمن، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت، فإن تصادقا أن قيمة الهالك كانت على النِّصف من قيمة القائم يجبُ على المشتري ثلث ما أقرَّ به من الثمن، وإن اختلفا في ذلك فقال المشتري: كانت قيمة القائم يوم القبض ألفاً وقيمة الهالك خمسمائة، وقال البائع: كان على العكس، كان القولُ قول البائع مع يمينه؛ لأنَّهما اتفقا على وجوب الثمن الذي أقرَّ به المشتري، ثم المشتري بدعواه على هذا الوجه يدعي سقوط زيادة من الثمن والبائع ينكر، فكان البائع مستيقناً لما كان واجباً، والمشتري بدعواه يسقط ما كان واجباً، فكان البائع متمسكاً بالأصل؛ فلذلك كان القول قول البائع مع يمينه.

فإن قيل: لماذا يعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد في حق انقسام الثمن، ومسائل «الزيادات» تدل على هذا المعنى، حتى قال محمد رحمه الله: قيمة الأم تعتبر يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم القبض؛ لأن الأمَّ صارت مقصودة بالعقد، والزيادة بالزيادة، والولد بالقبض، وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودًا بالعقد، فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض.

قال الإمام ظهير الدين رحمه الله صاحب «الفوائد»: هذا إشكالٌ هائلٌ أوردته على كل قومٍ حصيفٍ نحريرٍ فلم يهتد أحدٌ إلى جوابه، ثم قال: والذي تخايل إليَّ بعد طول التجشُّم[1] أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقَّق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودًا بالعقد، وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجبُ الفسخ فيما صار مقصودًا بالعقد وهو التحالف، أما في الحيِّ منهما

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): جشم الأمر، من باب فهمَ، وتجشَّم أي: تكلفه على مشقة، وجشَّمَ الأمر تجشيماً وأجشمه، أي: كلفه إيَّاه. «الصحاح»

(وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الهَالِكِ يَوْمَ القَبْضِ فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ. وَإِنْ أَقَامَاهَا فَبَيِّنَةُ البَائِعِ أَوْلَى) وَهُوَ قِيَاسُ مَا ذُكِرَ فِي بُيُوعِ الأَصْلِ (اشْتَرَى عَبْدَيْنِ وَقَبَضَهُمَا ثُمَّ رَدَّ أَحَدَهُمَا بِالعَيْبِ وَهَلَكَ الآخَرُ عِنْدَهُ يَجِبُ عَلَيْهِ ثَمَنُ مَا هَلَكَ عِنْدَهُ وَيَسْقُطُ عَنْهُ ثَمَنُ مَا رَدَّهُ وَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَى قِيمَتِهِمَا. فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الهَالِكِ فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ)؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ قَدْ وَجَبَ بِاتِّفَاقِهِمَا ثُمَّ المُشْتَرِي يَدَّعِي

فظاهر، وكذلك في الميت منهما؛ لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك، وهو اعتبار قيمته يوم القبض؛ لأنَّ الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رحمه الله، حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده، فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض، فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض.

قوله: فَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ؛ لِأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِالحُجَّةِ، وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ، فَبَيِّنَةُ البَائِعِ أَوْلَى؛ لأن البائع يدعي زيادة في قيمة الهالك، والبينات شرعت لإثبات الزيادات.

فإن قيل: المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم، فوجب أن تقبل بينته لإثباته الزيادة.

قلنا: إن الذي وقع الاختلاف فيه مقصودًا قيمة الهالك، والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنًا للاختلاف في قيمة الهالك، وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودًا، فكانت أَوْلَى بالاعتبار، كذا ذكره الإمام المرغيناني، وقاضي خان.

قوله: وَهُوَ قِيَاسُ مَا ذُكِرَ فِي بُيُوعِ الأَصْلِ، اشْتَرَى عَبْدَيْنِ، إلى آخره، ذكر تلك المسألة التي أحالها على بيوع الأصل الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير»، وأحالها على «الجامع الكبير»، فيجوز أن تكون مذكورة فيهما جميعًا.

قوله: وَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَى قِيمَتِهِمَا - أي: على قيمتهما يوم القبض - فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الهَالِكِ - أي: في مسألة الأصل.

زِيَادَةَ السُّقُوطِ بِنُقْصَانِ قِيمَةِ الهَالِكِ وَالبَائِعُ يُنْكِرُهُ وَالقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ (وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ فَبَيِّنَةُ البَائِعِ أَوْلَى)؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا ظَاهِرًا لِإِثْبَاتِهَا الزِّيَادَةَ فِي قِيمَةِ الهَالِكِ وَهَذَا لِفِقْهٍ. وَهُوَ أَنَّ فِي الأَيْمَانِ تُعْتَبَرُ الحَقِيقَةُ؛ لِأَنَّهَا تَتَوَجَّهُ عَلَى أَحَدِ العَاقِدَيْنِ وَهُمَا يَعْرِفَانِ حَقِيقَةَ الحَالِ فَبُنِيَ الأَمْرُ عَلَيْهَا وَالبَائِعُ مُنْكِرٌ حَقِيقَةً فَلِذَا كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ، وَفِي البَيِّنَاتِ يُعْتَبَرُ الظَّاهِرُ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ لا يَعْلَمَانِ حَقِيقَةَ الحَالِ فَاعْتُبِرَ الظَّاهِرُ فِي حَقِّهِمَا وَالبَائِعُ مُدَّعٍ ظَاهِرًا فَلِهَذَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ أَيْضًا وَتَتَرَجَّحُ بِالزِّيَادَةِ الظَّاهِرَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ مَعْنَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى -.

قوله: لِأَنَّهَا تَتَوَجَّهُ عَلَى أَحَدِ العَاقِدَيْنِ، أي: لا على الوكيل والنائب؛ لما أن اليمين لا تجري فيها النيابة.

قوله: وَالبَائِعُ مُنْكِرٌ حَقِيقَةً؛ لأنه ينكر سقوط الزيادة.

قوله: فَلِهَذَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ أَيْضًا - أي: كما أن الاعتبار في الأيمان ليمين البائع، حتى كان القول قوله باليمين، فكذلك في البينات الاعتبار لبينة البائع ليكون بينته أكثر إثباتاً من بينة المشتري - وَتَتَرَجَّحُ بِالزِّيَادَةِ الظَّاهِرَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وهو قوله: لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا ظَاهِرًا.

قوله: وَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ مَعْنَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، أي: ما ذكر في الأصل يتبيَّن لك صحة ما ذكرنا من قول أبي يوسف رحمه الله، من تفسيره في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة «الجامع الصغير».

وذكر في «الجامع الصغير» لصدر الإسلام رحمه الله: والبائع منكر حقيقةً فتجب عليه اليمين، والبائع أيضاً مدعٍ من حيث الظاهر، فإنه يدعي زيادة قيمة الهالك فتكون البينة بينته، وهذا هو الأصل في الدعاوى، فكذلك في مسألتنا المشتري يدعي سقوط الزيادة من الثمن الذي أقرّ به والبائع ينكر، فكان القول قوله مع اليمين، والبينة بينة البائع أيضاً لما بينا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً وَقَبَضَهَا ثُمَّ تَقَايَلَا ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَعُودُ الْبَيْعُ الأَوَّلُ) وَنَحْنُ مَا أَثْبَتْنَا التَّحَالُفَ فِيهِ بِالنَّصِّ لِأَنَّهُ وَرَدَ فِي الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ وَالإِقَالَةُ فَسْخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَإِنَّمَا أَثْبَتْنَاهُ بِالْقِيَاسِ؛

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً وَقَبَضَهَا، أي: ونقد الثمن أيضـًا، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: رجل اشترى جاريةً بألف وتقابضا.

قوله: ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَعُودُ الْبَيْعُ الأَوَّلُ، أرادَ به إذا تقايلا ولم يسلم الجارية إلى البائع بحكم الإقالة حتى اختلفا في الثمن؛ لأن التحالف قبل القبض موافق للقياس فيتعدى إلى الإقالة، ثمَّ في فصل البيع إذا حلفا وتعذر إمضاء البيع لتعذر الترجيح يفسخ العقد ليعود كل واحد منهما إلى أصل حقه، فكذلك في الإقالة، وقبل الإقالة كان حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع، فإذا حلفا تفسخ الإقالة حتى يعود كل واحد منهما إلى أصل حقه، ويعود البيع الأول، معناه أنه يعود البيع الأول إذا فسخ القاضي أو فسخا بأنفسهما الإقالة؛ لأن الإقالة لا تنفسخ إلا بالفسخ كالمبيع، كذا ذكره صدر الإسلام.

ثم الإقالة قابلة للفسخ، حتى أن المبيع إذا هلك في يد المشتري قبل الردِّ إلى البائع بعد الإقالة، فإنه تنفسخ الإقالة ويعود البيع الأول، حتى يكون الهالك في ضمان المشتري، كذا كان بخط شيخي رحمه الله.

قوله: وَنَحْنُ مَا أَثْبَتْنَا التَّحَالُفَ فِيهِ - أي: في التقايل - بِالنَّصِّ، إلى آخره، هذا جوابٌ لسؤال مقدر، وهو أن يقال: ينبغي أن لا يجري التحالف في التقايل، كما لا يجري فيه التحالف إذا وقع الاختلاف بينهما بعد قبض البائع المبيع بعد الإقالة عندهما، خلافـًا لمحمد رحمه الله؛ لثبوت التحالف بين المتبائعين بالسنة بخلاف القياس، فأجاب عنه بِهذا على وجه يقع الفرق فيما إذا وقع الاختلاف في الثمن، بين ما إذا قبض البائع المبيع بحكم الإقالة، وبين ما إذا لم يقبض وأنكر ثبوت التحالف، بخلاف القياس فيما إذا لم يقبض البائع المبيع بحكم الإقالة.

لِأَنَّ المَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ قَبْلَ القَبْضِ وَالقِيَاسُ يُوَافِقُهُ عَلَى مَا مَرَّ وَلِهَذَا نَقِيسُ الإِجَارَةَ عَلَى البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ وَالوَارِثَ عَلَى العَاقِدِ وَالقِيمَةَ عَلَى العَيْنِ فِيمَا إِذَا اسْتَهْلَكَهُ فِي يَدِ البَائِعِ غَيْرُ المُشْتَرِي.

قوله: لِأَنَّ المَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ قَبْلَ القَبْضِ، أي: قبل قبض البائع المبيع بعد الإقالة.

قوله: وَلِهَذَا نَقِيسُ الإِجَارَةَ، إيضاح لقوله: وَإِنَّمَا أَثْبَتْنَاهُ بِالقِيَاسِ.

قوله: نَقِيسُ الإِجَارَةَ عَلَى البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ، يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة.

قوله: وَالقِيمَةَ عَلَى العَيْنِ فِيمَا إِذَا اسْتَهْلَكَ الْمُشْتَرَى[1]، استُهلك بضم التاء على صيغة بناء المفعول، والمشترى على صيغة اسم المفعول، أي: نقيس قيمة المشتري المستهلك التي وجبت على المستهلك الذي استهلكه في يد البائع على العين الذي في يد البائع، يعني أن المتبائعين إذا اختلفا في ثمن المبيع الذي لم يقبض يجري التحالف بينهما بالنصّ الذي

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا: قوله: وَالقِيمَةَ عَلَى العَيْنِ - أي: ونقيس القيمة على العين - فِيمَا إِذَا اسْتَهْلَكَهُ فِي يَدِ البَائِعِ غَيْرُ المُشْتَرِي، يعني: إذا استهلك غير المشتري العينُ المبيعةُ في يد البائع وضمن القيمة، قامت القيمة مقام العين المستهلكة، فإن اختلف العاقدان في القيمة يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة؛ لكون النصّ إذ ذاك معقول المعنى.

وفي «غاية البيان»: وهذه هي النسخة المقابلة بنسخة المصنف، وفي بعض النسخ: فِيمَا إِذَا اسْتَهْلَكَ المُشْتَرَى، وفي بعضها: فِيمَا إِذَا اسْتَهْلَكَ الْمَبِيعُ، قال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري رحمه الله على حاشية كتابه: الصحيح: استُهلك المشترى، انتهى.

وفي «معراج الدراية»: الصواب: إِذَا اسْتَهْلَكَهُ فِي يَدِ البَائِعِ غَيْرُ المُشْتَرِي، وهذه العبارة على حاشية نسخةٍ قوبلت بنسخة المصنِّف، أو الصواب: اسْتُهْلِكَ بِهِ المُشْتَرَى، بضم التاء على صيغة بناء المفعول، والمشتَرى على صيغة المفعول، انتهى. (قاضي زاده)

قال الإمام الخبازي رحمه الله في «حاشيته على الهداية»: الصحيح: اسْتَهْلَكَهُ فِي يَدِ البَائِعِ غَيْرُ المُشْتَرِي، فنقول: إن هذه العبارات مسطورةٌ في حاشية كتاب المصنِّف رحمه الله، انتهى. (لكاتبه)

قَالَ: (وَلَوْ قَبَضَ البَائِعُ المَبِيعَ بَعْدَ الإِقَالَةِ فَلَا تَحَالُفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ)؛ لِأَنَّهُ يَرَى النَّصَّ مَعْلُولًا بَعْدَ القَبْضِ أَيْضًا.

يوافق القياس، فكذلك إذا استهلك مستهلك المبيع في يد البائع وقد قامت قيمته مقامَ المبيع في بقاء البيع، حتى كان للمشتري اختيار الشراء بأن يدفع الثمن ويأخذ القيمة، ثمَّ لو اختلف المتبايعان في ثمن المشتري المستهلك الذي قامت القيمة مقام المشتري، يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشترى، لكون النص الذي ورد بالتحالف حال بقاء العين معقول المعنى.

وذكر في «المبسوط»: إذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل، وهيَ قائمة مقام العين في إمكان فسخ العقد عليهما؛ لأن القيمة الواجبة قبل القبض لمَّا ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه.

ثم هاهنا عبارة الكتاب: فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشترى، هكذا كانت على حاشية نسخةٍ قوبلت بنسخة المصنف رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ يَرَى النَّصَّ مَعْلُولًا بَعْدَ القَبْضِ، أي: قوله صلَّى الله عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادًّا»، معلولٌ بكون وجود الإنكار من كل واحد من المتبائعين؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقدًا ينكره صاحبه؛ لأن البيع بألف غير البيع بألفين، فلذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لوجود الإنكار منهما جميعًا، وهذا المعنى لا يتفاوت بين أن يكون المبيع في يد البائع ثمَّ وقع الاختلاف، أو في يد المشتري ثم وقع الاختلاف، ولمَّا كان النصُّ عنده معلولًا تعدى حكمه من البيع إلى الإقالة، وإن كان بعد قبض البائع المبيع بعد الإقالة.

وقد ذكرنا قبل هذا في هذا الباب أن كون النص بعد القبض حال قيام السلعة غير معلولٌ، هو اختيار القاضي أبي خازم رحمه الله، وأمَّا عند غيره فمعلول مادامت السلعة قائمة، سواء كان قبل القبض أو بعده، واختصاص محمد رحمه الله بأنه يرى النصَّ معلولًا إنَّما يظهر فيما إذا وقع الاختلاف بعد هلاك السلعة، وقد ذكرناه.

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ ثُمَّ تَقَايَلا ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُسَلَّمِ إِلَيْهِ وَلا يَعُودُ السَّلَمُ)؛ لِأَنَّ الإِقَالَةَ فِي بَابِ السَّلَمِ لا تَحْتَمِلُ النَّقْضَ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَلَا يَعُودُ السَّلَمُ، بِخِلَافِ الإِقَالَةِ فِي البَيْعِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ لَوْ كَانَ عَرَضًا فَرَدَّهُ بِالعَيْبِ وَهَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى رَبِّ السَّلَمِ لا يَعُودُ السَّلَمُ وَلَوْ كَانَ

قوله: فَالقَوْلُ قَوْلُ المُسَلَّمِ إِلَيْهِ، أي: مع يمينه، وذكر صدر الإسلام رحمه الله: فالقول قول المسلم إليه، ولا يتحالفان ولا يعود السلم، لأن الإقالة في باب السلم ليس ببيع، بل هو إبطال من كل وجه، فإن رب السلم لا يملك المسلم فيه بالإقالة بل يسقط المسلم فيه أصلًا، فلم يكن فيها معنى البيع حتَّى يتحالفا فاعتبر فيه حقيقة الدَّعوى، والمسلم إليه هو المنكر حقيقةً.

قوله: لِأَنَّ الإِقَالَةَ فِي بَابِ السَّلَمِ لا تَحْتَمِلُ النَّقْضَ، أي: الفسخ، يعني أن التحالف لا يجري في باب السلم وإن وقع اختلاف المتعاقدين في الثمن، بل كان القول قول المسلم إليه مع اليمين ولا يعود السلم.

أمَّا وجوب اليمين على المسلم إليه دون رب السلم؛ لأن رب السلم يدعي على المسلم إليه زيادةً من رأس المال وهو ينكر، أمَّا المسلم إليه لا يدعي شيئًا على رب السلم؛ لأن المسلم فيه قد سقطَ عنه بالإقالة، وأمَّا عدم عود السَّلم؛ لأن ذلك أثر الفسخ الذي هو موجب التحالف، ولا يجري التحالف في إقالة السلم وإن كان اختلافهما واقعًا في الثمن؛ وذلك لأن التحالف شرع للفسخ، وإقالة السلم ما لا يحتمل الفسخ.

قوله: أَلا تَرَى أَنَّ رَأْسَ الْمَالِ لَوْ كَانَ عَرَضًا فَرَدَّهُ بِعَيْبٍ، على رب السلم ولم يسلم إليه حتى هلك في يده لا يعود السلم، وبمثله لو اشترى عرضًا فردَّه بعيب ولم يسلم إلى البائع حتى هلك في يده يبطل الرد ويعود البيع، والفقهُ فيه أن المسلم فيه يسقط بالإقالة، فلو انفسخت الإقالة كان حكم انفساخها عود المسلم فيه، والساقط لا يحتمل العود، ولو تصوّر لا يعود برأس المال لأنه دين، أمَّا الإقالة في البيع حكمها عود المبيع إلى البائع، فإذا انفسخت الإقالة يعود إلى ملك المشتري، وملك العين ممَّا لا يحتمل العود، كذا ذكره

ذَلِكَ فِي بَيْعِ العَيْنِ يَعُودُ البَيْعُ دَلَّ عَلَى الفَرْقِ بَيْنَهُمَا.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي المَهْرِ فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ وَقَالَتْ تَزَوَّجَنِي

الإمام قاضي خان رحمه الله.

فإن قيل: الإقالة في بيع العين بعد قبض المبيع إنَّما اعتبرت بيعـًا جديدًا في حق غير المتعاقدين، فأمَّا في حق المتعاقدين اعتبر فسخـًا، ألا ترى أن القبض لمَّا كان من حقِّهما اعتبرت الإقالة في حق القبض فسخـًا فيما بينهما، حتى أن البائعَ لو باعَ المبيعَ من المشتري بعد الإقالة قبل القبض جاز، ولو باعَ من غيره لم يجز، والتحالف حقهما بدليل أنَّهما لو تركا تركا، وإذاكانت فسخـًا في حق التحالف وجبَ أن لا يتحالفا؛ لما ذكرنا أن التحالفَ عرفت شرعيتها في العقود لا في الفسوخ، ألا ترى أنه لو حصلَ الفسخ بخيار الرؤية، أو بخيار الشرط، أو بالرد بالعيب بالقضاء بعد القبض، والثمن منقود ثم اختلفا في مقداره لا يتحالفان.

قلنا: الإقالة بعد القبض فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت الإقالة عنه، كما قلنا في القبض فإنه من حقوق البيع؛ لأنه وجبَ بالبيع لإتمامه، فأمَّا في حق ما كان من حقهما وليس من حقوق العقد الذي وقعت الإقالة عنه، فإنه يعتبر بيعـًا جديدًا في حقه كما في حق الثالث، ولا يعتبر فسخـًا كما في الأجل، فإن من له على آخر دين مؤجل فاشترى به عبدًا ثم تقايلا العقد لا يعود الأجل؛ لأن الأجل ليس من حقوق العقد الذي وقعت الإقالة عنه، فكذا التحالف ليس من حقوق العقد الذي وقعت الإقالة عنه؛ لأنه لا يجب بالبيع؛ لأن شرعيته لنقضه لا لإتمامه، بخلاف ما إذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية؛ لأنه تعذر اعتباره بيعـًا في حق الثالث لانتفاء الرضاء، وكذا إذا كان الرد بقضاء القاضي.

فإن قيل: ما الفرق لمحمد رحمه الله بين إقالة السلم وبين ما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن، فإنَّهما يتحالفان فيما إذا هلكت السلعة، ولا يتحالفان في إقالة السلم إذا اختلفا في مقدار رأس المال، وإن مات المعقود عليه في الفصلين جميعـًا.

قلنا: الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه على ما ذكرنا، والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

بِأَلْفَيْنِ فَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ) لِأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِالحُجَّةِ. (وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ فَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المَرْأَةِ) لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الزِّيَادَةَ، مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ.

قوله: فَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ تُقْبَلُ، أمَّا قبول بينة المرأة فظاهر؛ لأنَّها تدعي ألفين، والإشكال إنما يرد في قبول بينة الزوج؛ لأنه منكر لزيادة ما أقرَّ، وكان على المنكر اليمين لا البينة فكيف قبلت بينته هاهنا؟

قلنا: إنما تقبل بينة الزوج؛ لأنه مدعي صورة؛ لأنه يدعي على المرأة تسليم نفسها عند أداء ما أقرَّ به من المهر وهي تنكر، وقد قلنا: أن الدعوى صورةٌ كافيةٌ لقبول البينة، كما إذا ادعى المودع تسليم الوديعة لمالكها.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وإن كان الزوج هو الذي أقام البينة قبلت بينته؛ لأنه مدع صورةً فتقبل بينته، ثمَّ قال: ويجوز أن يكون القول قوله مع اليمين، كالمودع إذا ادعى ردَّ الوديعة أو الهلاك فإنه يقبل يمينه وبينته مع ذلك، فكذلك هاهنا.

قوله: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ، أمَّا إذا كان مهر مثلها مثل ما ادعته، أو أكثر مما ادعته فبينة الزوج أولى؛ لأن بينة الزوج تثبت الحط وبينة المرأة لا تثبت شيئاً؛ لأن ما ادَّعته ثابت بشهادة مهر المثل.

ذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وإن كان مهر مثلها ألفي درهم أو أكثر، كان القول قولها مع اليمين، يعني إذا لم يكن لهما أو لأحدهما بينة؛ لأن الزوج يدعي عليها الحط وهي تنكر، فإن نكلت يقضي بألف درهم؛ لأنَّها أقرت بالحط، وإن حلفت يقضي لها بألفي درهم، ألف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الألف، وألف باعتبار مهر المثل، يخبر الزوج في هذا الألف إن شاء أعطى الدراهم وإن شاء أعطى الدنانير، وإن أقام الزوج البينة قبلت بينته؛ لأنه يثبت الحط، وإن أقامت المرأة البينة على الألفين قبلت بينتها أيضاً؛ لأنَّها مدعية صورةً، فيقضى لها بألفي درهم بطريق التسمية لا خيار للزوج فيه، وإن أقاما البينة الصحيح أن بينة الزوج أوْلَى؛ لأن بينته تثبت ما ليس بثابتٍ ظاهرًا، وبينة المرأة تثبت ما هو ثابت بدون البينة، فكانت بينته أكثر إثباتـاً فكان أوْلَى بالقبول.

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَلا يُفْسَخُ النِّكَاحُ)؛ لِأَنَّ أَثَرَ التَّحَالُفِ فِي انْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ، وَأَنَّهُ لا يُخِلُّ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ المَهْرَ تَابِعٌ فِيهِ، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّ عَدَمَ التَّسْمِيَةِ يُفْسِدُهُ عَلَى مَا مَرَّ فَيُفْسَخُ، (وَلَكِنْ يَحْكُمُ مَهْرَ المِثْلِ، فَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ أَقَلَّ قَضَى بِمَا قَالَ الزَّوْجُ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، فإن قلتَ: النصُّ لشرعية التحالف إنَّما وردَ في البيع، والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر، فكيف يعدى حكم النص من البيع إلى النكاح، أو نقول: إن التحالف إنَّما شرع في عقد يحتمل الفسخ؛ لما أن الفسخ من أحكام التحالف، ولا فسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجبُ أن لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه.

قلتُ: أمَّا الأول وهو ورود النص في البيع، قلنا إن المعنى الموجب للتحالف هناك موجود هاهنا من كل وجهٍ، فيثبت التحالف في النكاح أيضاً بدلالة النص؛ وذلك لأن الموجب للتحالف هاهُنا هو أن كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر، ولم يمكن ترجيح أحدهما على الآخر في الدعوى والإنكار لتساويهما فيهما، فكذلك قبلت بينتهما ويمينهما؛ لأن كل واحد منهما ينكر لما يدعيه الآخر، فحلف كك واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكاً لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

وأمَّا الثاني وهو أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت هاهنا، فجوابه مذكور في الكتاب، وإيضاح ذلك هو أن التحالف إنَّما أوجب الفسخ في البيع؛ لأنه لمَّا تعذر إثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر، لزم إخلاء العقد عن البدل، والبدل إذا خلا عن البيع يفسد البيع، والفاسد يفسخ، وأمَّا النكاح إذا خلا العوض عنه فلا يفسد، كما لو لم يذكر التسمية، وإذا لم يفسد النكاح لا يفسخ؛ إذ الفسخ إنَّما كان بسبب الفساد فافترقا، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَلَكِنْ يَحْكُمُ مَهْرُ المِثْلِ، وهذا استدراك عن قوله: وَلا يُفْسَخُ النِّكَاحُ، في قوله:

شَاهِدٌ لَهُ (وَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ أَوْ أَكْثَرَ قَضَى بِمَا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ وَأَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ قَضَى لَهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ) لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَحَالَفَا لَمْ تَثْبُتِ الزِّيَادَةُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ وَلَا الْحَطُّ عَنْهُ.

قَالَ - رَحِمَهُ اللهُ -: ذَكَرَ التَّحَالُفَ أَوَّلًا ثُمَّ التَّحْكِيمَ، وَهَذَا قَوْلُ الْكَرْخِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ لَا اعْتِبَارَ لَهُ مَعَ وُجُودِ التَّسْمِيَةِ وَسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا بِالتَّحَالُفِ وَلِهَذَا يُقَدَّمُ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا،

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَلَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ.

قوله: لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَحَالَفَا لَمْ تَثْبُتِ الزِّيَادَةُ، أي: بسبب يمين الزوج.

قوله: وَلَا الْحَطُّ عَنْهُ، أي: بسبب يمين المرأة.

قوله: وَلِهَذَا يُقَدَّمُ - أي: التحالف - فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، أي: فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج، أو أقل منه، أو مثل ما ادعته المرأة، أو أكثر منه، أو كان مهر المثل أكثر ما اعترف به الزوج، أو أقل ممَّا ادعته المرأة، ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند أبي الحسن الكرخي رحمه الله؛ لأنَّهما اتفقا على أصل التسمية، فكانت التسمية صحيحة في أصلها، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل، وإذا حلفا تعذر الحكم بالتسمية، فصارت التسمية كأن لم تكن فيحكم مهر المثل.

واحترز بقوله: فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، عن قول أبي بكر الرازي رحمه الله، فإنه لا يقول بالتحالف فيه إلا في وجهٍ واحدٍ، وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهدًا لأحدهما، بأن يكون أكثر ممَّا أقر به الزوج وأقلَّ ممَّا ادعته المرأة، فعنده يتحالفان.

وأمَّا إذا كان مهر المثل مثل ما يقوله الزوج أو أقل، فالقول قوله مع يمينه، وإن كان مثل ما تقوله المرأة أو أكثر فالقول قولها مع يمينها، وهذا هو الأصح؛ لأن تحكيم مهر المثل هاهنا ليس لإيجاب مهر المثل، بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثمَّ الأصل في الدعاوي أن يكون القول

وَيَبْدَأُ بِيَمِينِ الزَّوْجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَعْجِيلًا لِفَائِدَةِ النُّكُولِ كَمَا فِي الْمُشْتَرِي، وَتَخْرِيجُ الرَّازِيِّ بِخِلَافِهِ وَقَدِ اسْتَقْصَيْنَاهُ فِي النِّكَاحِ وَذَكَرْنَا خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ فَلَا نُعِيدُهُ (وَلَوِ ادَّعَى الزَّوْجُ النِّكَاحَ عَلَى هَذَا العَبْدِ وَالمَرْأَةُ تَدَّعِيهِ عَلَى هَذِهِ الجَارِيَةِ فَهُوَ كَالمَسْأَلَةِ المُتَقَدِّمَةِ، إِلَّا أَنَّ قِيمَةَ الجَارِيَةِ إِذَا كَانَتْ مِثْلَ مَهْرِ المِثْلِ يَكُونُ لَهَا قِيمَتُهَا دُونَ عَيْنِهَا)؛ لِأَنَّ تَمَلُّكَهَا لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّرَاضِي وَلَمْ يُوجَدْ فَوَجَبَتِ القِيمَةُ

قول من يشهد له الظاهر مع يمينه، كذا ذكر الإمام قاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله.

فإن قيل: فعلى قوله: وَلَكِنْ يَحْكُمُ مَهْرُ المِثْلِ، فَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ أَقَلَّ قَضَى بِمَا قَالَ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ، وكذلك في طرف المرأة يشكل المتبايعان، فإنَّهما إذا اختلفا في الثمن وقيمة المبيع مثل ما يدعيه أحدهما لا يعتبر قوله، وإن كان الظاهر شاهدًا له ما الفرق بينهما؟

قلنا: القضاء هُناك بما يدَّعيه أحدهما غير ممكن، وإن كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما؛ لأن القيمة لا يمكن إثباتها ثمنًا بمطلق العقد، ومهر المثل يمكن إثباته مهرًا بمطلق العقد، وهذا هو الفرق بينهما، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَيَبْدَأُ بِيَمِينِ الزَّوْجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ؛ لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه، كذا في «الفتاوى الظهيريَّة».

وذكرنا خلاف أبي يوسف رحمه الله، فإن أبا يوسف قال: القول قول الزوج في جميع ذلك قبل الطلاق وبعده، ولا يحكم مهر المثل؛ لأن المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر، وكان القول قول المنكر كما في ساير الدعاوى، وإنَّما عرفنا التحالف في البيع وفي مبادلة المال بالمال نصًّا بخلاف القياس، فلا يتعدى إلى غيره فكان القول قول الزوج مع يمينه، إلا أن يأتِي بشيءٍ يسيرٍ مستنكرٍ شرعًا، وفي تفسير ذلك روايتان عن أبي يوسف على ما مرَّ في النكاح.

قوله: يَكُونُ لَهَا قِيمَتُهَا، أي: بعد التحالف.

(وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الإِجَارَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا) مَعْنَاهُ اخْتَلَفَا فِي البَدَلِ أَوْ فِي المُبْدَلِ لِأَنَّ التَّحَالُفَ فِي البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ عَلَى وِفَاقِ القِيَاسِ عَلَى مَا مَرَّ، وَالإِجَارَةُ قَبْلَ القَبْضِ المَنْفَعَةُ نَظِيرُ البَيْعِ قَبْلَ قَبْضِ المَبِيعِ وَكَلَامُنَا قَبْلَ اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ (فَإِنْ وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي الأُجْرَةِ يَبْدَأُ بِيَمِينِ المُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِوُجُوبِ الأُجْرَةِ (وَإِنْ وَقَعَ فِي المَنْفَعَةِ يَبْدَأُ بِيَمِينِ المُؤَجِّرِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى صَاحِبِهِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ قُبِلَتْ، وَلَوْ أَقَامَاهَا فَبَيِّنَةُ المُؤَجِّرِ أَوْلَى إِنْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي الأُجْرَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي المَنَافِعِ فَبَيِّنَةُ المُسْتَأْجِرِ أَوْلَى، وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا قُبِلَتْ بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنَ الفَضْلِ) نَحْوُ أَنْ يَدَّعِيَ هَذَا شَهْرًا بِعَشْرَةٍ وَالمُسْتَأْجِرُ شَهْرَيْنِ بِخَمْسَةٍ يَقْضِي بِشَهْرَيْنِ بِعَشْرَةٍ.

قَالَ: (وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ الِاسْتِيفَاءِ لَمْ يَتَحَالَفَا وَكَانَ القَوْلُ قَوْلَ المُسْتَأْجِرِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، لِأَنَّ هَلَاكَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُمَا،

قوله: مَعْنَاهُ اخْتَلَفَا فِي البَدَلِ - أي: الأجرة - أَوْ فِي المُبْدَلِ، أي: في المعقود عليه وهو المنافع، وهذا احتِراز عن اختلافهما في الأجل، فإنه لا يجري التحالف بينهما فيه، بل القول فيه قول من ينكر الزيادة.

قوله: لِأَنَّ التَّحَالُفَ فِي البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ عَلَى وِفَاقِ القِيَاسِ، من حيث أنَّ كل واحد منهما منكر لما يدَّعيه صاحبه، فكان اليمين على المنكر.

وقوله: عَلَى مَا مَرَّ، إشارة إلى قوله في أول هذا الباب **بقوله:** لِأَنَّ البَائِعَ يَدَّعِي زِيَادَةَ الثَّمَنِ وَالمُشْتَرِيَ يُنْكِرُهُ، إلى آخره، فتبيَّن أنه لا عقد فحينئذٍ ظهرَ أنه لا قيمة للمنفعة، وإذا كان كذلك كان المبيع غير قائم، ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف.

وَكَذَا عَلَى أَصْلِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الهَلَاكَ إِنَّمَا لا يُمْنَعُ عِنْدَهُ فِي المَبِيعِ لِمَا أَنَّ لَهُ قِيمَةً تَقُومُ مَقَامَهُ فَيَتَحَالَفَانِ عَلَيْهَا، وَلَوْ جَرَى التَّحَالُفُ هَاهُنَا وَفَسْخُ العَقْدِ فَلَا قِيمَةَ لِأَنَّ المَنَافِعَ لا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالعَقْدِ وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لا عَقْدَ. وَإِذَا امْتَنَعَ فَالقَوْلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّهُ هُوَ المُسْتَحِقُّ عَلَيْهِ (وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالَفَا وَفُسِخَ العَقْدُ فِيمَا بَقِيَ وَكَانَ القَوْلُ فِي المَاضِي قَوْلَ المُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً فَيَصِيرُ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِنَ المَنْفَعَةِ كَأَنَّ ابْتِدَاءَ العَقْدِ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّ العَقْدَ فِيهِ دَفْعَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِذَا تَعَذَّرَ فِي البَعْضِ تَعَذَّرَ فِي الكُلِّ.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ المَوْلَى وَالمُكَاتَبُ فِي مَالِ الكِتَابَةِ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يَتَحَالَفَانِ وَتُفْسَخُ الكِتَابَةُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَقْبَلُ الفَسْخَ فَأَشْبَهَ البَيْعَ، وَالجَامِعُ أَنَّ المَوْلَى يَدَّعِي بَدَلًا زَائِدًا يُنْكِرُهُ العَبْدُ وَالعَبْدُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ العِتْقِ عَلَيْهِ عِنْدَ أَدَاءِ القَدْرِ الَّذِي يَدَّعِيهِ وَالمَوْلَى يُنْكِرُهُ فَيَتَحَالَفَانِ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ البَدَلَ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الحَجْرِ فِي حَقِّ اليَدِ وَالتَّصَرُّفِ لِلْحَالِ وَهُوَ سَالِمٌ لِلْعَبْدِ،

قوله: وَإِذَا امْتَنَعَ، أي: التحالف، وفي «المبسوط»: ومحمد رحمه الله يفرق بين هذا والبيع فيقول: إن التحالف هناك مفيد؛ لأن المبيع عين مال متقوم بنفسه، فيمكن إيجاب قيمته بعد انتفاء العقد بالتحالف، وأمَّا المنافع فلا يتقوم إلا بالعقد، ولو تحالفا هاهنا انتفى العقد بالتحالف، فلا يمكن إيجاب شيءٍ للقصار، وكان جعل القول قول رب الثوب مع يمينه أنفع للقصار، فلذلك لا يُصار إلى التحالف هاهنا.

قوله: وَهُوَ سَالِمٌ لِلْعَبْدِ؛ لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة، أي: التصرف للحال

وَإِنَّمَا يَنْقَلِبُ مُقَابَلًا بِالعِتْقِ عِنْدَ الأَدَاءِ فَقَبْلَهُ لا مُقَابَلَةَ فَبَقِيَ اخْتِلَافًا فِي قَدْرِ البَدَلِ لا غَيْرُ فَلَا يَتَحَالَفَانِ.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ البَيْتِ،

سالم للعبد، فلا يكون العبد مدعياً بل يكون منكرًا لما يدعيه المولى من الزيادة فحسب.

قوله: وَإِنَّمَا يَنْقَلِبُ مُقَابَلًا بِالعِتْقِ عِنْدَ الأَدَاءِ، فكان هذا نظير إجارة الدار، حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الإجارة أصلًا، ثمَّ ينتقل منها إلى المبيعة وهي المطلوبة آخرًا، فكذا في الكتابة جعلنا الفكَّ في حق اليد والتصرف أصلًا في ابتداء العقد، ثمَّ عند الأداء جعلنا العتق أصلًا وانتقل من اليد وفك الحجر إلى العتق، فكانت الإجارة والكتابة متساويتين في هذا.

وذكر في باب مكاتبة أمِّ الولد من عتاق «المبسوط»: حكم التحالف في البيع ثابت نصًّا بخلاف القياس، فلا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه، والكتابة ليست في معنى البيع، أمَّا من حيث الصورة فالبيع مشروعٌ للاسترباح مبنًى على الضيق والمماكسة، والكتابة للإرفاق مبنية على التوسع، ومن حيث المعنى الكتابة بعد تمامها بأداء البدل لا تحتمل الفسخ بخلاف البيع، وفي الحال موجب العقد إثبات صفة المالكية يدًا في المنافع والمكاسب، فما مضى منه فائت لا يتحقق رده، فعرفنا أنه ليس في معنى المنصوص من كل وجهٍ، فلو ألحق به بالمشاركة في بعض الأوصاف كان قياساً، والثابت بخلاف القياس لا يمكن إثباته بطريق المقايسة.

يُوضحه: أن البيع لازم من الجانبين، فكان المصير إلى التحالف فيه مفيدًا، حتى إذا نكل أحدهما لزمه ما قال صاحبه، وفي الكتابة هذا لا يتحقق، فإن المكاتب لو نكلَ لا يلزمه شيء، وكان له أن يعجز نفسه، فإذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والإنكار، فيكون القول قوله مع يمينه لإنكاره الزيادة، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المولى؛ لأنه يثبت الزيادة ببينته، إلا أنه إذا أدَّى مقدار ما أقام البينة عليه يعتق؛ لأنه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا المقدار، فوجب قبول بينته على ذلك، بمنزلة ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه متى أدَّى خمسمائة عتق؛ وهذا لأنه لا يبعد أن يكون عليه بدل الكتابة بعد عتقه، كما لو أدَّى الكتابة بمال مستحق يعتق وبدل الكتابة عليه بحاله.

فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ كَالعِمَامَةِ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ (وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ كَالوِقَايَةِ) لِشَهَادَةِ الظَّاهِرِ لَهَا (وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا كَالآنِيَةِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ)؛

قوله: فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ، أي: مع اليمين، وكذا في جانب المرأة، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام التمرتاشي.

وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله أيضاً: وما يصلح للنساء فالقول فيه للمرأة مع اليمين، إلا إذا كان الرجل صائغاً وله أساور وخواتيم النساء، وحلي وخلخال وأمثال ذلك، فحينئذٍ لا يكون مثل هذه الأشياء للمرأة، وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة.

قوله: وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ، كالدرع والخمار والملحفة.

قوله: وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا كَالآنِيَةِ، والذهب والفضة والأمتعة والعقار.

ثم اعلم أنَّ هذه المسألة مسبَّعة، فإن فيها لسبعة من العلماء أقاويل:

أمَّا أقوال علمائنا الثلاثة رحمهم الله فكما ذكر في الكتاب.

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حيًّا، ولورثته إن كان ميتاً.

وعلى قول ابن شبرمة رحمه الله: المتاع كله للرجل، إلا ما على المرأة من ثياب بدنها.

وقال زفر رحمه الله: المتاع كله نصفان بينهما، إذا لم يقم لواحد منهما بينة، وهو قول مالك وأحد أقاويل الشافعي رحمهما الله، وفي قول آخر: المشكل بينهما نصفان.

وعلى قول الحسن البصري رحمه الله: إذا كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه، وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع له؛ لأن صاحب اليد على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره؛ ولأن المرأة ساكنة البيت، ألا ترى أنَّها تسمى قعيدة، فإذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها، وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد، ومن يقول المتاع كله للزوج قال: لأن المرأة في يد زوجها، فما في بيتها يكون في يد الزوج

لِأَنَّ الْمَرْأَةَ وَمَا فِي يَدِهَا فِي يَدِ الزَّوْجِ وَالقَوْلُ فِي الدَّعَاوَى لِصَاحِبِ اليَدِ،

أيضـًا، ألا ترى أنه صاحب البيت، وأن المنزل يُضاف إليه، ولهذا لو تنازع رجلان في امرأةٍ وهي في بيت أحدهما، فأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أوْلَى، فيكون هذا بمنزلة المؤاجر مع المستأجر إذا اختلفا في متاع الحانوت، وهناك القول قول المستأجر، وليس للمؤاجر إلا ما عليه من ثياب بدنه، فهذا مثله.

ومن يقول: الكل بينهما نصفان، يقول: استويا في سبب الاستحقاق؛ لأنَّهما ساكنان في البيت، والبيت مع ما فيه في يدهما، ولا معتبر في الدعوى والخصومات بالشبهة، ألا ترى أن إسكافـًا وعطَّارًا لو تنازعا في آلات الأساكفة أو آلات العطارين وهي في أيديهما، قضى بينهما نصفان، ولا يُنظر إلى ما يصلح لكل واحد منهما؛ وهذا لأن الإنسان قد يتخذ الشيء لاستعماله، وقد يتخذ ليتجر فيه، فكذا هذا.

ومن يقول: أن المشكل بينهما، يقول: لكل واحد منهما فيما يصلح له نوع ترجيح من حيث الظاهر؛ أنه هو الذي اتخذه لاستعماله فيترجح به، كما لو تنازع صاحب الدار مع ساكنها في لوح موضوع في الدار، ونقشه يشبه نقش الألواح التي في السقف، وموضعه من السقف ظاهر، فإن القول قول صاحب الدار لأجل شهادة الظاهر له، ولو لم يكن بهذه الصفة فالقول قول الساكن كسائر الأمتعة، فأمَّا المشكل فلا ترجيح لواحد منهما، فيعتبر فيه المساواة في سبب الاستحقاق ويكون بينهما نصفين، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: ما وجه الفرق لعلمائنا بين ما يختص لكل واحد من الزوجين وبين آلات الأساكفة وآلات العطارين، حيث لو تنازع الإسكاف والعطار في تلك الآلات وهي في أيديهما تكون بينهما نصفين، ولم يقل ما يصلح للإسكاف فهو له، وما يصلح للعطار فهو له عملًا بالظاهر، وقيل في متاع الزوجين: ما يصلح للرجل فهو له، وما يصلح للمرأة فهو لها عملًا بالظاهر؟ قلتُ: ذكر وجه الفرق بينهما في باب الدعوى في النتاج من كتاب دعوى «المبسوط» في مسألة ثبوت النسب من العبدين فقال:

وفي متاع البيت إنَّما قلنا بما ذكرنا، وهو أن ما يصلح للرجل فهو له وما يصلح للنساء

بِخِلَافِ مَا يَخْتَصُّ بِهَا لِأَنَّهُ يُعَارِضُهُ ظَاهِرٌ أَقْوَى مِنْهُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَمَا وَقَعَتِ الفُرْقَةُ. (فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَاخْتَلَفَتْ وَرَثَتُهُ مَعَ الآخَرِ فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا)؛ لِأَنَّ اليَدَ لِلْحَيِّ دُونَ المَيِّتِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَدْفَعُ إِلَى المَرْأَةِ مَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا، وَالبَاقِي لِلزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ

فهو لها عندنا؛ للترجيح بالاستعمال لا بالشبه، يعني يجعل الرجل في حق المتاع المختص له كالعمامة هو المستعمِل، وفي حق الملحفة المرأة هي المستعمِلة لا غير، فلذلك قلنا كذلك، وأمَّا في الأساكفة والعطارين فلم نشاهد استعمالهما، وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء، فلذلك جعلناها بينهما نصفين.

قوله: بِخِلَافِ مَا يَخْتَصُّ بِهَا - أي: يكون لمن يختص به - لِأَنَّهُ يُعَارِضُهُ ظَاهِرٌ أَقْوَى مِنْهُ، أي: لأن ظاهر يد الزوج معارضة ظاهر آخر أقوى منه، وهو يد الاختصاص والاستعمال؛ فإن ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال، وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء، ولو وقعَ الاشتباه في مثل هذا يرجح بالاستعمال، حتى لو تنازع الرجلان في ثوب، وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله، يجعل القول قول المستعمل وهو اللابس بشهادة الاستعمال.

قوله: فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا، أيّهما كان، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، واختصاص ذكر أبي حنيفة رحمه الله هاهنا إنَّما يظهر في جوابه في المشكل بعد موت أحدهما، فأمَّا ما ذكر من الجواب فيما يختص به كل واحد من الزوجين وهو له في حالة الحياة فبالإجماع، وما ذكر من الجواب في المشكل في حالة الحياة بأنه للزوج فهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَدْفَعُ إِلَى المَرْأَةِ مَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا، وهذا الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله في المشكل، وأمَّا فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولها من غير

أَنَّ المَرْأَةَ تَأْتِي بِالجِهَازِ وَهَذَا أَقْوَى فَيَبْطُلُ بِهِ ظَاهِرُ يَدِ الزَّوْجِ، ثُمَّ فِي البَاقِي لا مُعَارِضَ لِظَاهِرٍ فَيُعْتَبَرُ (وَالطَّلَاقُ وَالمَوْتُ سَوَاءٌ) لِقِيَامِ الوَرَثَةِ مَقَامَ مُورِّثِهِمْ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: وَمَا كَانَ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ، وَمَا كَانَ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ، وَمَا يَكُونُ لَهُمَا فَهُوَ لِلرَّجُلِ أَوْ لِوَرَثَتِهِ) لِمَا قُلْنَا لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَالطَّلَاقُ وَالمَوْتُ سَوَاءٌ) لِقِيَامِ الوَارِثِ مَقَامَ المُوَرِّثِ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَمْلُوكًا فَالمَتَاعُ لِلْحُرِّ فِي حَالَةِ

اعتبار جهاز مثلها، هكذا في «المبسوط»، وشروح «الجامع الصغير».

وفي لفظ الكتاب نوع تخليط، حيث لم يذكر قول أبي يوسف رحمه الله هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل، وكان من حقِّه أن يقول: وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَدْفَعُ إِلَى المَرْأَةِ مَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا.

وقوله: لِمَا قُلْنَا لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: في دليل أبي حنيفة رحمه الله، وهو دليل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ثمَّ لما كانت المرأة وما في يدها للزوج، والورثة يقومون مقام المورث صار الحكم في حالة الموت بمنزلة الحكم في حالة الحياة، وفي حالة الحياة كان ما يصلح لهما للزوج، فيكون بعد موت أحدهما لمن يقوم مقام الزوج.

وذكر في «الفوائد»: فمحمد رحمه الله يقول: ورثة الزوج يقومون مقام الزوج؛ لأنَّهم خلفاه فيما له، فكما أن في المشكل القول قوله في حياته، فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: يد الباقي منهما إلى المتاع أسبق؛ لأن الوارث إنما يثبت يده بعد موت المورث، وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرًا إلى صلاحية الاستعمال، فكذا يقع الترجيح بسبق اليد؛ ولأن يد الباقي منهما يد نفسه، ويد الوارث خلف عن يد المورث، فلهذا النوع من الترجيح كان المشكل للباقي منهما.

قوله: وَلِلْحَيِّ بَعْدَ المَمَاتِ، سواء كان الحيُّ حرًّا أو مملوكًا، هكذا وقع في عامة نسخ شروح «الجامع الصغير» من شرح صدر الإسلام، وقاضي خان وغيرهما رحمهم الله، ولكن ذكر العلَمان في التحقيق شمس الأئمة، والإمام فخر الإسلام رحمهما الله: وللحرِّ بعد

الحَيَاةِ)؛ لِأَنَّ يَدَ الحُرِّ أَقْوَى (وَلِلْحَيِّ بَعْدَ المَمَاتِ)؛ لِأَنَّهُ لا يَدَ لِلْمَيِّتِ فَخَلَتْ يَدُ الحَيِّ عَنِ المُعَارِضِ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالا: العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ وَالمُكَاتَبُ بِمَنْزِلَةِ الحُرِّ)؛ لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا مُعْتَبَرَةً فِي الخُصُومَاتِ.

الممات، وذكر شمس الأئمة رحمه الله في شرح «الجامع الصغير» في رجل وامراته يختلفان في متاع البيت وأحدهما مملوك: أن المتاع للحرِّ منهما، وكذلك إن ماتَ أحدهما كان المتاع للحرِّ منهما، ثمَّ قال: وقع في بعض النسخ: للحيِّ منهما، وهو سهو.

قوله: وَقَالا: العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ وَالمُكَاتَبُ بِمَنْزِلَةِ الحُرِّ، وأمَّا في المحجور فجوابُهما كجواب أبي حنيفة رحمه الله في مطلق المملوك؛ لأنه لا يد للمحجور، ألا ترى أن الحرَّ مع المحجور إذا اختصما في شيءٍ في أيديهما يقضى به للحر؛ لأنه لا يدَ للمحجور، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا مُعْتَبَرَةً فِي الخُصُومَاتِ، ولهذا لو اختصم الحرُّ والمكاتب في شيءٍ وهو في أيديهما يقضى بينهما، لاستوائهما في اليد، ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه، فكما لا يترجح الحرُّ بالحرية في سائرالخصومات، فكذلك في الخصومة في متاع البيت.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: يد المملوك لا تكون مساويةً ليد الحر، فإن يدَ الحر يد نفسه من كل وجهٍ، ويد المملوك من وجه لغيره وهو المولى، ويد الحر يد ملك حقيقةً، ويد المملوك ليست بيد ملك، وعند الاختلاف في متاع البيت يحصل الترجيح بقوة اليد، ألا ترى أنَّهما لو كانا حرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لقوة يدها، فكذلك يترجح الحر منهما في حالة الحياة، وبعد موت أحدهما باعتبار قوة اليد، فأمَّا في سائر الخصومات الاستحقاق بأصل اليد، ولا يقع الترجيح بقوة اليد، حتى لو تنازع إسكاف وعطَّار في أداة الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما استويا فيه.

يُوضحه أن يد كل واحد منهما على المتاع في البيت باعتبار سكناه فيه، والحر في السكنى أصل، وأمَّا المملوك فليس بأصل في السكنى، فعند المنازعة لا يكون سكنى المملوك

....

معارضةً لسكنى الحر، وفي سائر الدعاوى اليد لكل واحد منهما باعتبار معنى يستوي فيه الحر والمملوك، يعني به التجارة بالإذن، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله تعالى.

هذا على تقدير أن الرواية: وللحرِّ بعد الممات، وأمَّا على تقدير: وَلِلْحَيِّ بَعْدَ المَمَاتِ، فما ذكره في الكتاب.

وذكر الإمام قاضي خان: ولو وقع الاختلاف بعد موت أحدهما في هذا الفصل، فالقول قول الحيِّ منهما حرًّا كان أو مملوكاً، أمَّا إذا كان حرًّا فلأنَّهما لو كانا حيين كان للحرِّ، فهاهُنا أوْلَى، وأمَّا إذا كان الحيُّ هو المملوك؛ فلأنه لا يدَ للميت حتى تعتبر يد المملوك عند المقابلة، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِيمَنْ لا يَكُونُ خَصْمًا)

(وَإِنْ قَالَ المُدَّعَى عَلَيْهِ هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فُلَانُ الغَائِبُ أَوْ رَهَنَهُ عِنْدِي أَوْ غَصَبْتُهُ

فصل في من لا يكون خصماً

لمَّا ذكر أحكام من يكون خصماً، ذكر في هذا الفصل أحكام من لا يكون خصماً؛ لمناسبة المضادة بينهما، وقدم الأول لما أنه ينبئ عن الوجود، والموجود شيءٌ والشيء خيرٌ من لا شيء؛ أو لأن الأول ينبئ عن صحة الخصومة؛ لأن الرجل إنَّما يكون خصماً لغيره شرعاً إذا صحَّت خصومته بصحة دعواه، والثاني عن فسادها، والأصل هوالصحة فكان تقديم الأصل أوْلَى.

قوله: وَإِنْ قَالَ المُدَّعَى عَلَيْهِ هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فُلَانُ الغَائِبُ، إلى آخره، وكذلك لو قال المدعى عليه: أنَّها عارية عندي، أو ما أشبه ذلك، كذا في «الذخيرة».

وقال في «المبسوط»: ولو ادعى عيناً في يد رجل أنَّها له، وقال الذي في يديه: أودعنيها فلانٌ، أو أعارنيها، أو وكلني بحفظها، لم يخرج من خصومة المدعي، إلا أن يقيم البينة على ما قال عندنا، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: يخرج من خصومته بمجرَّد قوله من غير بينة.

وقال ابن شبرمة رحمه الله: لا يخرج من خصومته وإن أقامَ البينة على ما قال، أمَّا ابن أبي ليلى رحمه الله فقال: كلام ذي اليد إقرار منه بالملك للغائب، والإقرار يوجب الحق بنفسه لقوله تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴿١٤﴾﴾ [القيامة: ١٤]؛ ولأنه لا تُهمة فيما يقر به على نفسه، فيثبت ما أقرَّ به بنفس إقراره، ويتبيَّن أن يده يد حفظ لا يد خصومة، والدليل على صحَّة هذه القاعدة أن من أقرَّ بعين لغائب له ثمَّ أقرَّ بها لحاضر، فرجع الغائبُ وصدقه يُؤمر بالتسليم إليه، وكذلك الصحيح إذا أقرَّ لغيره بشيءٍ ثم مرِضَ وصدقه المقر له

مِنْهُ وَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَّعِي) وَكَذَا إِذَا قَالَ: آجَرَّنِيهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِيَدِ خُصُومَةٍ. وَقَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ: لَا تَنْدَفِعُ

كان إقراره إقرار الصحة.

وأمَّا ابن شُبْرمة رحمه الله فقال: إن بِهذه البينة يثبت الملك للغائب، وهو ليس بخصم في إثبات الملك له؛ لأنه لا ولايةَ لأحدٍ على غيره في إدخال شيء في ملكه بغير رضاه، ثمَّ خروجه من الخصومة في ضمن إثبات الملك لغيره، وإذا لم يثبت ما هو الأصل لا يثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحاباة إذا ثبتت في ضمن البيع فببطلان البيع تبطل الوصية.

ولنا أن هذه البينة تثبت أمرين:

أحدهما: الملك للغائب والحاضر ليس بخصمٍ فيه.

والثاني: دفع خصومة المدعي عنه وهو خصم في ذلك، وكانت مقبولة فيما وجدتُ خصماً فيه، كمن وكَّل وكيلًا بنقل امراته أو أمته فأقامت البيِّنة أن الزوج طلقها ثلاثاً، أو أنَّ المولى أعتقها تقبل هذه البينة لقصر يد الوكيل عنها، ولا تقبل في وقوع الطلاق والعتاق ما لم يحضر الغائب؛ وهذا لأن مقصود ذي اليد ليس هو إثبات الملك للغائب، إنَّما مقصوده إثبات أن يده يد حفظ وليست بيد خصومة، وفي هذا المدعى خصم له، فيجعل إثباته بالبينة عليه بمنزلة إقرار خصمه.

وهذا بخلاف ما إذا ادَّعى المدعي غصباً على ذي اليد، حيث لا تندفع الخصومة عنه بِهذه البينة؛ لأن هناك إنَّما صار ذو اليد خصماً بدعوى الفعل عليه، فأمَّا في الملك المطلق فإنَّما صار خصماً بيده، ألا ترى أن دعوى الغصب مسموعة على غير ذي اليد، ودعوى الملك غير مسموعة، فإذا ثبتَ أن يده يد غيره التحق في الحكم بما ليس في يده، فلهذا قلنا بمجرد قوله قبل إقامة البينة لا تندفع الخصومة عنه؛ لأن المدعي استحق عليه الجواب، فصار هو خصماً له بظهور الشيء في يده، فلا يملك إسقاطه بمجرَّد قوله، وهو لا يثبت إقراره بالبينة كما زعم هو، إنما يثبت بالبيِّنة إسقاط حق مستحق عليه من نفسه وهو جواب الخصم.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إن كان ذو اليد رجلًا معروفاً بالحِيل لا تندفع الخصومة

الخُصُومَةُ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ إِثْبَاتُ المِلْكِ لِلْغَائِبِ لِعَدَمِ الخَصْمِ عَنْهُ وَدَفْعِ الخُصُومَةِ بِنَاءً عَلَيْهِ. قُلْنَا: مُقْتَضَى البَيِّنَةِ شَيْئَانِ ثُبُوتُ المِلْكِ لِلْغَائِبِ وَلا خَصْمَ فِيهِ فَلَمْ يَثْبُتْ،

عنه بإقامة البينة، وإن كان صالحاً تندفع الخصومة، رجع إلى هذا حين ابتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس، فقد يحتال المحتال فيدفع ماله سرًّا إلى من يريد السفر ويأمره أن يودعه علانية، حتى إذا ادعاه إنسان يقيم البينة على أنه مودع فيدفع الخصومة عن نفسه، ومقصوده من ذلك الإضرار بالمدَّعي ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة، فلا تندفع عنه الخصومة إذا كان متهماً بمثل هذه الحيلة، كذا في دعوى «المبسوط».

فإن قلتَ: ما الفرق بين ما إذا كان العين قائماً في هذه المسألة، وبين ما إذا كان هالكاً حيث لا تندفع الخصومة فيما إذا كان هالكاً عن ذي اليد، وإن إقام ذو اليد البينةَ على أنه كان وديعة عنده من فلان الغائب.

قلتُ: الفرق بينهما هو أنَّ العين إذا كان قائماً فالدعوى تقع في العين، والمدعى عليه إنَّما ينتصب خصماً له في العين بظاهر يده، فإن ظاهر اليد تدل على الملك، إلا أنه يحتمل أنه ليس يد ملكٍ، وبإقامة البينة أنَّ العين وديعة عنده يظهر أن يده ليست يد ملك، فتندفع عنه الخصومة، أمَّا إذا كان العين هالكاً فالدعوى تقع في الدين ومحل الدين الذمة، والمدعى عليه ينتصب خصماً للمدعي بذمته، وبما أقام المدعى عليه من البينة أن العين كان في يده وديعة، لا يتبيَّن أن ذمته لغيره فلا تتحول الخصومة عنه، ألا ترى أن القاضي يقضى بالقيمة على مودع الغاصب وإن كان يده في العين يد غيره.

فإن قيل: كان ينبغي أن لا يقضى بقيمة العبد هناكَ؛ لأنه لا يمكن القضاء بقيمة العبد للمدَّعي إلا بعد القضاء له بملك العبد؛ لأنه لا يجوز أن تكون قيمة العبد لإنسان ويكون الملك في العبد لغيره، وقد تعذَّر القضاء هاهنا للمدعي بملك العبد على ذي اليد؛ لأن ذا اليد أثبتَ أن يده في العبد ليست يد ملك، وأن الملك في العبد للغائب.

قلنا: ليسَ من ضرورة القضاء بقيمة العبد للمدعي القضاء بملك العبد للمدعي؛ إذ يجوز أن يكون العبد لإنسان وبدله لغيره، ألا ترى إلى ما قال أصحابنا رحمهم الله في رجل

وَدَفْعُ خُصُومَةِ الْمُدَّعِي وَهُوَ خَصْمٌ فِيهِ فَيَثْبُتُ وَهُوَ كَالوَكِيلِ بِنَقْلِ المَرْأَةِ وَإِقَامَتِهَا

قال لغيره: بعتُ منك هذا العبد الذي في يديك بألف درهم، وليَ عليك ألف درهم، فقال ذلك الرجل: ما بعتَه مني ولا اشتريتُه أنا، وأنا بريء ممَّا تقول لا علمَ لي به قطُّ، فأقام المدعي البينة على ذلك وجبَ على المنكر ثمن العبد ولم يكن العبد ملكاً له.

فإن قلتَ: ما الفرق بين دعوى الملك المطلق وبين دعوى الفعل، حيث يكون صاحب اليد خصماً للمدعي في دعوى الفعل، حتى أن مدعياً لو ادَّعى على ذي اليد الفعل بأن قال: هذا العين ملكي غصبتَه مني، أو قال: آخذته منك أو رهنته، وقال ذو اليد: إنه لفلان الغائب أودعه عندي وأقام بينةً على ذلك لا تندفع الخصومة عن ذي اليد.

قلتُ: إن في دعوى الملك المطلق صاحب اليد انتصب خصماً بيده؛ لأن دعوى الملك المرسل لا تصح إلا على ذي اليد، فإنه لو ادَّعى دارًا في يدي رجل وليس في يده دار لا تصح دعواه، فعُلِم أنَّ في دعوى الملك المطلق صاحب اليد إنَّما انتصب خصماً بحكم يده، ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصماً، وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصماً، وبما أقام من البينة أثبتَ أن يده يد غيره، وإنَّما ليست بيد خصومة إنَّما هيَ يد حفظ، أمَّا في دعوى الفعل صاحب اليد إنَّما ينتصب خصماً بدعوى الفعل عليه وهو الغصب لا بحكم اليد، ألا ترى أن دعوى الغصب كما تصح على ذي اليد تصح على غير ذي اليد، حتى أن من ادَّعى على آخر أنه غصب عبده وليس في يده عبد صحت دعوته وتلزمه القيمة؛ لما أن فعله لا يتردد بين أن يكون له وبين أن يكون لغيره، حتى يقال: بِهذه البينة يتبيَّن أن فعل صاحب اليد فعل غيره، بل فعله مقصورٌ عليه، فلذلك لا تندفع الخصومة عنه في دعوى الفعل.

ثم يبني على هذا الأصل ما إذا كان العبد في يدي رجل جاء رجل وأقام بينةً أنه عبده اشتراه من ذي اليد بألف درهم ونقده الثمن، وأقام صاحب اليد بينةً أنه وديعة عنده من فلان لا تندفع الخصومة عن ذي اليد؛ لأن ذا اليد انتصب خصماً للمدعي بدعوى الغصب عليه؛ لأن هذه المسألة موضوعة فيما إذا ادَّعى المدعي شراءه ونقد الثمن ولم يذكر قبض المبيع، فكان المدعي مدعياً عليه فعلًا وهو وجوب تسليم المبيع إلى المشتري، فيبقى دعوى الفعل معتبَرًا، وذو اليد متى انتصب خصماً بدعوى الفعل عليه لا تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة

الْبَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ كَمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلا تَنْدَفِعُ بِدُونِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ كَمَا قَالَهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى؛ لِأَنَّهُ صَارَ خَصْمًا بِظَاهِرِ يَدِهِ، فَهُوَ بِإِقْرَارِهِ يُرِيدُ أَنْ يُحَوِّلَ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عَلَى نَفْسِهِ فَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِالْحُجَّةِ، كَمَا إِذَا ادَّعَى تَحَوُّلَ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّتِهِ إِلَى ذِمَّةِ غَيْرِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ صَالِحًا فَالْجَوَابُ كَمَا قُلْنَاهُ، وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالْحِيَلِ لا تَنْدَفِعُ عَنْهُ الْخُصُومَةُ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَالَ مِنَ النَّاسِ قَدْ يَدْفَعُ مَالَهُ إِلَى مُسَافِرٍ يُودِعُهُ إِيَّاهُ وَيُشْهِدُ عَلَيْهِ الشُّهُودُ فَيَحْتَالُ لِإِبْطَالِ حَقِّ غَيْرِهِ، فَإِذَا اتَّهَمَهُ الْقَاضِي بِهِ لا يَقْبَلُهُ.

على الإيداع من الغائب؛ لأن المدعي يدعي عليه وجوب التسليم وهو فعل في ذمته، والأفعال الواجبة في ذمة الإنسان لا يتصور تحويلها إلى غيره، فلا يقدر على تحويل هذه الخصومة إلى غيره، فأمَّا إذا ادَّعى الشراء والقبض منه وشهد الشهود بذلك، والمسألة بحالها فقد اختلف المشايخ فيها، بعضهم قالوا: تندفع الخصومة عن ذي اليد، وبعضهم قالوا: لا تندفع، هذا كله مذكور في الفصل الثاني والعشرين من دعوى «الذخيرة».

قوله: كَمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، أي: في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة.

قوله: كَمَا قَالَهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى رَحِمَهُ اللهُ، فإنه يقول تندفع الخصومة عن ذي اليد بدون إقامة البينة على ما قال، وقد ذكرنا.

قوله: كَمَا إِذَا ادَّعَى تَحَوُّلَ الدَّيْنِ، أي: الحوالة، أي: فصار كما إذا أقام البينة أنه أحال بالدين على آخر، كما في «شرح الأقطع».

قوله: فَالْجَوَابُ كَمَا قُلْنَاهُ، أي: تندفع الخصومة بإقامة البينة.

قوله: لِأَنَّ الْمُحْتَالَ مِنَ النَّاسِ قَدْ يَدْفَعُ مَالَهُ إِلَى مُسَافِرٍ، أي: ماله باعتبار ظاهر اليد، ولكن هو في الحقيقة مال الغير؛ لأنه إذا كان له مال حقيقةً لا يحتاج هو إلى مثل هذه الحيلة.

وذكر في «الذخيرة» في هذا الموضع: لأن مثل هذا الافتعال يوجد فيما بين الناس،

(وَلَوْ قَالَ الشُّهُودُ: أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لا نَعْرِفُهُ لا تَنْدَفِعُ عَنْهُ الخُصُومَةُ) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ المُودِعُ هُوَ هَذَا المُدَّعِي، وَلِأَنَّهُ مَا أَحَالَهُ إِلَى مُعَيَّنٍ يُمْكِنُ لِلْمُدَّعِي اتِّبَاعُهُ، فَلَوِ انْدَفَعَتْ لَتَضَرَّرَ بِهِ المُدَّعِي، وَلَوْ قَالُوا نَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ وَلا نَعْرِفُهُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِلْوَجْهِ الثَّانِي، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - تَنْدَفِعُ

فالإنسان يأخذ مال غيره غصباً ثمَّ يدفعه سرًّا إلى من يريد أن يغيب عن البلدة، حتى يودعه علانيةً بشهادة الشهود، حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ماله، فالمدعى عليه يقيم بينة على الإيداع من الغائب، ويدفع خصومة المالك بذلك، والقاضي نصب ناظرًا للمسلمين فينبغي أن ينظر في حق المدعي، وذلك بأن لا يلتفت إلى بينة المدعى عليه إن عرفه بالافتعال والتزوير.

قوله: وَلَوْ قَالَ الشُّهُودُ: أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لا نَعْرِفُهُ، إلى آخره، وإذا وجبَ قبول البينة فلا يخلوا: إمَّا أن يدعي أنه أودعه رجل معروف بنسبه ويقيم البينة بذلك، أو يدعي أنه أودعه رجل مجهول ويقيم البينة به، أو يقيم البينة أنه أودعه رجل يعرفون وجهه ولا يعرفون نسبه.

أمَّا في الفصل الأول فالشهادة مقبولة؛ لأنَّهم أحالوا الخصومة إلى معروف يصح طلبه، ولا يشكل أنه غير المدعي، وفي الفصل الثاني لا يقبل بالإجماع، وفي الفصل الثالث يقبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يقبل عند محمد رحمهم الله، وحاصله أن محمدًا اعتبر في هذه المسائل جهة الحوالة إلى معروف لا يتعطل به حق المدعي، واعتبر أبو حنيفة وأبو يوسف جهة الدفع لا غير، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع».

وقوله: أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لا نَعْرِفُهُ، أي: أصلًا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه، وفي المسألة الأولى يعرفونه بوجهه واسمه ونسبه.

قوله: فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ - أي: لا تندفع الخصومة عنه - لِلْوَجْهِ الثَّانِي، وهو قوله: وَلِأَنَّهُ مَا أَحَالَهُ إِلَى مُعَيَّنٍ.

وفي «المبسوط»: وجه قول محمد رحمه الله أنه أحاله على مجهول لا يمكنه اتباعه ليخاصمه، فصار هذا بمنزلة قوله: أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لا نَعْرِفُهُ؛ وهذا لأن المعرفة بالوجه لا تكون

لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّ العَيْنَ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ غَيْرِهِ حَيْثُ عَرَفَهُ الشُّهُودُ بِوَجْهِهِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ فَلَمْ تَكُنْ يَدُهُ يَدَ خُصُومَةٍ وَهُوَ المَقْصُودُ، وَالمُدَّعِي هُوَ الَّذِي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ نَسِيَ خَصْمَهُ،

معرفة، على أنَّ ما رُوي: «أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم قال لرجل: أتعرف فلانـًا؟ قال: نعم، فقال: هل تعرف اسمه ونسبه؟ فقال: لا، قال: إذًا لا تعرفه».

ومن حلف لا يعرف فلانـًا، وهو يعرف وجهه ولم يعرف اسمه ونسبه لا يحنثه، وأبو حنيفة رحمه الله قال: قد أثبتَ ببينته أنه ليس بخصم لهذا المدَّعي، فإنا نعلم أن مودعه ليس هو المدعي؛ لأن الشهود يعرفون المودع بوجهه ويقولون: أنه غير هذا المدعي، ومقصود ذي اليد إثبات أن يده يد حفظ، وأنه ليس بخصم لهذا الحاضر، وهذه البينة كافية لهذا المقصود.

ثم إن تضرَّر المدعي بأن لا يقدر على اتباع خصمه، فذلك الضرر يلحقه من قبل نفسه حيث نسيَ خصمه، لا من جهة ذي اليد، ونحن نسلم أن المعرفة بالوجه لا تكون معرفة تامة، فإن كان الغائبُ لا يمكن استحضاره به، ولكن ليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي، إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم، وهذا كله بناءٌ على أصلنا أن القضاء على الغائب بالبينة لا يجوز، فلا بدَّ من خصم حاضر للمدعي ليقيم عليه البينة، وأمَّا عند الشافعي رحمه الله فالقضاء على الغائب بالبينة جائز، وقد ذكرناه في كتاب القاضي إلى القاضي.

قوله: بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا قَالَ الشُّهُودُ: أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لا نَعْرِفُهُ بوجهه.

قوله: فَلَمْ تَكُنْ يَدُهُ يَدَ خُصُومَةٍ، أي: في هذا الفصل لم تكن يد المودع يد خصومة فيما إذا قال الشهود: نَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ.

قوله: وَالمُدَّعِي هُوَ الَّذِي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ، جوابٌ عن قول محمد رحمه الله وهو **قوله**: فَلَوِ انْدَفَعَتْ لَتَضَرَّرَ بِهِ المُدَّعِي.[1]

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): ومن اشترى شيئـًا فوجد في يد غيره، فقبل أن ينقد الثمن لا يكون له أن يأخذ من صاحب اليد، إلا أن يدعي الوكالة بالقبض من البائع. (قاضي خان رحمه الله)

أَوْ أَضَرَّهُ شُهُودُهُ، وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ مُخَمَّسَةُ كِتَابِ الدَّعْوَى وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَقْوَالَ الخَمْسَةَ.

(وَإِنْ قَالَ: ابْتَعْتُهُ مِنَ الغَائِبِ فَهُوَ خَصْمٌ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ يَدَهُ يَدُ مِلْكٍ اعْتَرَفَ بِكَوْنِهِ خَصْمًا (وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: غَصَبْتَهُ مِنِّي أَوْ سَرَقْتَهُ مِنِّي لا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ وَإِنْ أَقَامَ ذُو اليَدِ البَيِّنَةَ عَلَى الوَدِيعَةِ)؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ خَصْمًا بِدَعْوَى الفِعْلِ عَلَيْهِ لا بِيَدِهِ، بِخِلَافِ دَعْوَى المِلْكِ المُطْلَقِ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِيهِ بِاعْتِبَارِ يَدِهِ حَتَّى لا يَصِحَّ دَعْوَاهُ عَلَى غَيْرِ ذِي اليَدِ وَيَصِحُّ دَعْوَى الفِعْلِ. (وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: سَرَقَ مِنِّي وَقَالَ صَاحِبُ اليَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ وَأَقَامَ البَيِّنَةَ لَمْ تَنْدَفِعِ الخُصُومَةُ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَنْدَفِعُ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ الفِعْلَ عَلَيْهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: غُصِبَ مِنِّي عَلَى مَا لَمْ يُسَمَّ فَاعِلُهُ.

قوله: أَوْ أَضَرَّهُ شُهُودُهُ، أي: شهود المدعى عليه وهو ذو اليد.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَقْوَالَ الخَمْسَةَ، أي: في هذا الفصل، وترتيبه ذكر أولًا قول ابن شبرمة، ثم قول ابن أبي ليلى، ثم قول أبي يوسف، ثم قول محمد، ثم قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنهم.

قوله: وَإِنْ قَالَ: ابْتَعْتُهُ مِنَ الغَائِبِ، أي: وإن قال ذو اليد وهو المدعى عليه: اشتريتُ هذا العين من الغائب، إلا أنه لم يعينه درءًا للحد شفقةً عليه ووصولًا إلى حقه؛ وذلك لأن المدَّعي لمَّا لم يسم السارق كان بمنزلة تعيين صاحب اليد للسرقة، ولو عيَّنه كذلك أليسَ أنه لا تندفع الخصومة عن ذي اليد، وإن أقام ذو اليد البينةَ على ما ادَّعى فهاهنا كذلك؛ وذلك لأنا إذا جعلناهُ سارقًا لا تندفع الخصومة عنه، ويقضي القاضي بالعين للمدَّعي ويسلم العين إليه، فإذا ظهر السارق بعد ذلك بيقين لا تقطع يده؛ لأنه إنَّما ظهرت سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم نجعله سارقًا تندفع الخصومة عنه، ولا يقضي بالعين

وَلَهُمَا أَنَّ ذِكْرَ الفِعْلِ يَسْتَدْعِي الفَاعِلَ لا مَحَالَةَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ هُوَ الَّذِي فِي يَدِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُعَيِّنْهُ دَرْءًا لِلْحَدِّ شَفَقَةً عَلَيْهِ وَإِقَامَةً لِحِسْبَةِ السَّتْرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: سَرَقْتُ، بِخِلَافِ الغَصْبِ لِأَنَّهُ لا حَدَّ فِيهِ فَلَا يُحْتَرَزُ عَنْ كَشْفِهِ (وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: ابْتَعْتُهُ مِنْ فُلَانٍ وَقَالَ صَاحِبُ اليَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ ذَلِكَ أُسْقِطَتِ الخُصُومَةُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا عَلَى أَنَّ أَصْلَ المِلْكِ فِيهِ لِغَيْرِهِ فَيَكُونُ وُصُولُهَا إِلَى يَدِ ذِي اليَدِ مِنْ جِهَتِهِ فَلَمْ تَكُنْ يَدُهُ يَدَ خُصُومَةٍ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ أَنَّ فُلَانًا وَكَّلَهُ بِقَبْضِهِ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ كَوْنَهُ أَحَقَّ بِإِمْسَاكِهَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

للمدعي، فمتى ظهر السارق

بعد ذلك بيقين تقطع يده؛ لأنه ظهرت سرقته قبل أن تصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقـًا احتيالًا لدرء الحد إذا لم يتعلق به عقوبةٌ سوى الضمان، أمَّا في السرقة بخلافه، إلى هذا أشار في «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ مَا يَدَّعِيهِ الرَّجُلَانِ)

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدِ آخَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهَا لَهُ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ

باب ما يدعيه الرجلان

لمَّا ذكر حكم الواحد من المدعيين، ذكر في هذا الباب حكم الاثنين منهم.

يقال: تَهاترت الشهادات، أي: تساقطت وبطلت، مأخوذ من الهِتْر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه، كذا في «المغرب».

قوله: وَإِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدِ آخَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهَا لَهُ، وإنَّما وضع المسألة في دعوى ملك العين؛ لأنَّهما لو تنازعا في نكاح امرأة، وأقام كل واحد منهما البينة أنَّها امرأته، لم يقض القاضي لواحد منهما بالاتفاق.

وفي دعوى الخارجين؛ لأن الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينة، فبينة الخارج أوْلَى عندنا، وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تَهاترت البينتان، ويكون المدعى لذي اليد تركـًا في يده، وهو قضاء تركٍ لا قضاء ملك، وفي القول الآخر يرجح بيِّنة ذي اليد، فيقضى به لذي اليد قضاء ملك.

وفي الملك المطلق لا في الملك المقيَّد بالسبب المعين أو بالتاريخ؛ لأن الخارجين إذا ادَّعيا الملك بسبب الشراء من جهةٍ واحدةٍ، وأرَّخ أحدهما فإنه يقضى به للمؤرخ، وكذلك إذا ادَّعى كل واحد من الخارجين أنه اشتراها من صاحب اليد، وأرَّخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب التاريخ الأسبق، ولو ادعى الخارجان الشراءَ من اثنين والدار في يد ثالث، وأرَّخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخـًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما

قُضِيَ بِهَا بَيْنَهُمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ: تَهَاتَرَتَا، وَفِي قَوْلٍ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ كَاذِبَةٌ بِيَقِينٍ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْمِلْكَيْنِ فِي الْكُلِّ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ فَيَتَهَاتَرَانِ أَوْ يُصَارُ إِلَى الْقُرْعَةِ؛ «لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

الله آخرًا، وقال محمد رحمه الله: يقضي به بينهما.

ولو ادعيا ملكًا مطلقًا بأن ادعيا عينًا في يدي رجل ملكًا مطلقًا، وأرَّخا وكان تاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخًا على قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرًا، وعلى قول محمد رحمه الله آخرًا يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرةً، إلى هذا أشار في «الفصول».

ثم الخارجان إذا ادعيا ملكًا مطلقًا، وأقاما البينة على ذلك يقضى بالملك بينهما نصفين عندنا، وعلى قول مالك رحمه الله يقضى بأعدل البينتين، وعند الأوزاعي رحمه الله يقضى لأكثرهما عددًا في الشهود، وعند الشافعي رحمه الله كما ذكر في الكتاب.

فمالك رحمه الله يقول: الشهادة إنما تصير حجة بالعدالة، والأعدل في كونه حجة أقوى والضعيف لا يزاحم القوي.

والأوزاعي رحمه الله يقول: طمأنينة القلب إلى الجماعة أكثر منها إلى قول المثنَّى، فيترجح أكثرهما شهودًا بزيادة طمأنينة القلب في قولهم.

والشافعي رحمه الله على القول الذي يقول بالتهاتر يقول: قد تيقَّن القاضي بكذب أحد الفريقين، ولا يعرف الصادق من الكاذب، فيمتنع من العمل بِهما، كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكَّة، وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم؛ وهذا لأن تُهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن أوْلَى، واستدل بملك النكاح لو تنازعا اثنان في امرأة، وأقام كل واحد منهما البينة أنَّها امرأته لم يقض القاضي لواحد منهما.

وعلى القول الذي يقول بالقرعة استدل بحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه: «أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلَّى الله عليه وسلم، وأقام كل واحد منهما البينة أنَّها

أَقْرَعَ فِيهِ وَقَالَ: اَللَّهُمَّ أَنتَ الحَكَمُ بَيْنَهُمَا» وَلَنَا حَدِيثُ تَمِيمِ بْنِ طَرَفَةَ «أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي نَاقَةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ فَقَضَى بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ»، وَحَدِيثُ القُرْعَةِ كَانَ فِي الِابْتِدَاءِ ثُمَّ نُسِخَ، وَلِأَنَّ

أمته، فأقرع رسول الله صلَّى الله عليه وسلم بينهما فقال: اللّهم أنت تقضي بين عبادك بالحق»، ثم قضى بِها لمن خرجت قرعته.

ورُوي أن رجلين تنازعا في بغلة بين يدي علي رضي الله عنه، وأقام أحدهما شاهدين والآخر خمسة من الشهود، فقال علي رضي الله عنه لأصحابه: ماذا ترون؟ فقالوا: يقضى لأكثرهما شهودًا، فقال: فلعل الشاهدين خير من خمسة، ثم قال: في هذا قضاء وصلح، أمَّا الصلح فأن تجعل البغلة بينهما سهاماً على عدد شهودهما، وأمَّا القضاء فأن يحلف أحدهما ويأخذ البغلة، فإن تشاحَّا على الحلف أقرعتُ بينهما وقضيتُ بها لمن خرجت قرعته؛ ولأن استعمال القرعة لتعيين المستحق أصل في الشرع كما في قسمة المال المشترك.

ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي رضي الله عنه: «أن رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلَّى الله عليه وسلم، وأقاما البينة فقضى به رسول الله صلَّى الله عليه وسلم بينهما نصفين»، وعن أبي الدرداء رضي الله عنه: «أن رجلين اختصما بين يديه في شيءٍ وأقاما البينة، فقال: ما أحْوَجكما إلى سلسلة كسلسلة بنى إسرائيل؟ كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء فأخذت بعُنق الظالم، ثم قضى به رسول الله صلَّى الله عليه وسلم بينهما نصفين».

وما رُوي من استعمال القرعة فقد كان في وقتٍ كان القمار مباحـًا، ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار؛ لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداءً، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارًا، فكذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارًا أيضـًا، بخلاف قسمة المال المشترك، فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة، وإنما يقرع تطييبـًا لقلوبِهما ونفيـًا لتهمة الميل عن نفسه، فلا يكون ذلك في معنى القمار.

وحديث علي رضي الله عنه يعارضه ما رُوي عن عُمر وعلي رضي الله عنهما في رجلين

الْمُطْلَقَ لِلشَّهَادَةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُحْتَمَلُ الْوُجُودِ بَلْ يَعْتَمِدُ أَحَدُهُمَا سَبَبَ الْمِلْكِ وَالآخَرُ الْيَدَ فَصَحَّتِ الشَّهَادَتَانِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِمَا مَا أَمْكَنَ، وَقَدْ أَمْكَنَ بِالتَّنْصِيفِ إِذِ الْمَحِلُّ يَقْبَلُهُ، وَإِنَّمَا يُنَصَّفُ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ.

قَالَ: (فَإِنِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ وَأَقَامَا بَيِّنَةً لَمْ يَقْضِ بِوَاحِدَةٍ مِنَ الْبَيِّنَتَيْنِ) لِتَعَذُّرِ الْعَمَلِ بِهِمَا؛ لِأَنَّ الْمَحِلَّ لا يَقْبَلُ الِاشْتِرَاكَ.

تنازعا في ولدٍ، أنَّهما قضيا بأنه ابنهما، ولم يستعملا القرعة فيه، وقد كان عليٌّ رضي الله عنه استعمل القرعة في مثل هذه الحادثة، واليمين في عهد رسول الله صلَّى الله عليه وسلم، فدلَّ أنه عرف انتساخ ذلك الحكم لحرمة القمار، والمعنى فيه أنَّهما استويا في سبب الاستحقاق، والمدعى قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق، كالغريمين في التركة إذا كانت التركة بقدر حقِّ أحدهما، والموصي لهما كل واحد منهما بالثلث يقتسمان الثلث بينهما نصفين؛ وذلك لأنَّ كل واحد من البينتين احتملت الصحة، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقةً؛ إذ لا علم للعباد بحقائق الأمور، وإنما يعتمد ظاهر الحال، فإنَّ من رأى شيئاً في يد غيره حل له أداء الشهادة بالملك بناءً على الظاهر، فإذا عاينَ أحدهما سبب الملك كالشراء أو ما أشبه ذلك جازَ له أيضاً أداء الشهادة.

وإذا صحت البينتان نقول: قد أمكن العمل بهما في حق المحل؛ لأن الملك في المحل ما يقبل الوصف بالتجزِّي، فقضينا لكل واحد بالنصف، وصار هذا على مثال العلل الشرعية نحو: إن باع فضولي مال إنسان وباع فضولي آخر من آخر، وأجاز المالك البيعين ثبتَ الملك لكل واحد في النصف، كذلك هاهنا، بخلاف ملك النكاح فإنه لا يحتمل الاشتراك.

وقوله: إن القاضي يتيقن بكذب أحدهما، ضعيفٌ، وكل واحد منهما اعتمد سبباً أطلق له أداء الشهادة، وهو معاينة اليد لمن شهد له، وبه فارق مسألة مكة والكوفة على العادات الغالبة التي يبتنى عليها الأحكام، وقد يتوالى يدان لشخصين على عين واحدة في وقتين، فلهذا وجبَ القضاء هاهنا بهما بحسب الإمكان، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قَالَ: (وَيَرْجِعُ إِلَى تَصْدِيقِ الْمَرْأَةِ لِأَحَدِهِمَا)؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا يُحْكَمُ بِهِ بِتَصَادُقِ الزَّوْجَيْنِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تُوَقَّتِ الْبَيِّنَتَانِ، فَأَمَّا إِذَا وَقَّتَا فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَوَّلِ أَوْلَى (وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فَهِيَ امْرَأَتُهُ) لِتَصَادُقِهِمَا (وَإِنْ أَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ قُضِيَ بِهَا) لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَى مِنَ الْإِقْرَارِ (وَلَوْ تَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالدَّعْوَى وَالْمَرْأَةُ تَجْحَدُ فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ وَقَضَى بِهَا الْقَاضِي لَهُ ثُمَّ ادَّعَى الْآخَرُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ لَا يَحْكُمُ بِهَا) لِأَنَّ الْقَضَاءَ الْأَوَّلَ قَدْ صَحَّ فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هُوَ مِثْلُهُ بَلْ هُوَ دُونَهُ (إِلَّا أَنْ يُوَقِّتَ شُهُودُ الثَّانِي سَابِقًا)؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الْخَطَأُ فِي الْأَوَّلِ بِيَقِينٍ. وَكَذَا إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ

قوله: وَيَرْجِعُ إِلَى تَصْدِيقِ الْمَرْأَةِ لِأَحَدِهِمَا؛ لأن تصادقهما في حقِّهما أقوى من البينة.

وحُكي عن ركن الإسلام عليّ السغدي رحمه الله: أنه لا يترجح أحدهما إلا بإحدي معان ثلاث:

(١) أحدها: إقرار المرأة (٢) الثانية: كونها في يد أحدهما (٣) الثالثة: دخول أحدهما بها، إلا أن يقيم الآخر البينة أن نكاحه أسبق، كذا في «الخلاصة».

قوله: فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هُوَ مِثْلُهُ، أي: في الظنيات لا يرفع المثل بالمثل كالقياس، فإنه لا يرفع القياس بالقياس، بخلاف السمعيات.

قوله: بَلْ هُوَ دُونَهُ، أي: بل دعوى المدعي الآخر دون دعوى المدعي الأول؛ لأن الأول قد اتصل القضاء به.

قوله: إِلَّا أَنْ يُوَقِّتَ شُهُودُ الثَّانِي سَابِقًا، أي: أثبت المدعي الثاني بالشهود أنَّ نكاحه أسبق من نكاح المدعي الأول، فحينئذٍ يحكم بصحة نكاح المدعي الثاني، فإن المدعي الثاني ثانِي ظهورًا، ولكن هو سابق وقوعـًا؛ لسبق نكاحه بالبيّنة والثابت بالبينة كالثابت معاينةً، فلو عاينا نكاح إنسان كان نكاح الآخر مع بقائه باطلًا، فكذا هنا.

فِي يَدِ الزَّوْجِ وَنِكَاحُهُ ظَاهِرٌ لا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الخَارِجِ إِلَّا عَلَى وَجْهِ السَّبْقِ.

قَالَ: (وَلَوِ ادَّعَى اثْنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ هَذَا العَبْدَ) مَعْنَاهُ مِنْ صَاحِبِ اليَدِ (وَأَقَامَا بَيِّنَةً فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ العَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ)؛ لِأَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ فَصَارَا

وذكر في نكاح «المبسوط»: ولو تنازع رجلان في امرأةٍ كل واحد منهما يدعي أنَّها امرأته ويقيم البيّنة، فإن كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها فهي امرأته؛ لأن البينتين إذا تعارضتا على العقد يترجح أحدهما بالقبض، كما لو ادَّعى رجلان تلقى الملك في عين من ثالث بالشراء، وأحدهما قابض وأقاما البينة كان بينة صاحب اليد أَوْلَى؛ ولأن فعل المسلم محمولٌ على الصحة والحل ما أمكن، فالإمكان ثابت هاهنا بأن يجعل نكاح الذي دخل بها ثابتاً حين دخلَ؛ وهذا لأن تمكُّنه من الدخول بِها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده، ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوَّجها قبله، فحينئذٍ يسقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق، وإن لم يكن في يد أحدهما فأيُّهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بِها؛ لأن شهوده شهدوا سبقَ التاريخ في عقده، والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة، أو بإقرار الخصم.

وإن لم يكن لهما على ذلك بينةٌ، فأيُّهما أقرَّت المرأة أنه تزوجها قبله، أو أنه تزوجها دون الآخر فهي امرأته؛ إما لأن بينته تترجح بإقرارها له كما بينا في جانب الزوج؛ أو لأن البينتين لمَّا تعارضتا وتعذر العمل بِهما بقى تصادق أحد الرجلين مع المرأة على النكاح، فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كل واحد منهما.

قوله: أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ - أي: من الثالث الذي هو صاحب اليد - **مَعْنَاهُ مِنْ صَاحِبِ اليَدِ**، وإنما قيَّد به؛ لأنَّ كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو: إمَّا إن ادعيا الشراء من واحد أو من اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب.

وذكر في «المبسوط»: دار في يد رجل فادَّعى رجل أنه اشتراها منه بمائتي درهم ونقده

كَالفُضُولِيِّينَ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ رَجُلٍ وَأَجَازَ المَالِكُ البَيْعَيْنِ يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ تَغَيَّرَ عَلَيْهِ شَرْطُ عَقْدِهِ، فَلَعَلَّ رَغْبَتَهُ فِي تَمَلُّكِ الكُلِّ فَيَرُدُّهُ وَيَأْخُذُ كُلَّ الثَّمَنِ لَوْ أَرَادَ. (فَإِنْ قَضَى القَاضِي بِهِ بَيْنَهُمَا فَقَالَ أَحَدُهُمَا: لا أَخْتَارُ لَمْ يَكُنْ لِلآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَهُ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ فِي النِّصْفِ فَانْفَسَخَ البَيْعُ فِيهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ خَصَمَ فِيهِ لِظُهُورِ اسْتِحْقَاقِهِ بِالبَيِّنَةِ لَوْلا بَيِّنَةُ صَاحِبِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ ذَلِكَ قَبْلَ تَخْيِيرِ

الثمن، وادَّعى الآخر أنه اشتراها منه بمائتي درهم ونقده الثمن ولم يوقت واحدة من البينتين وقتًا، فكلُّ واحد منهما بالخيار إن شاءَ أخذ نصفه بنصف الثمن الذي بين شهوده وإن شاء ترك؛ لأنَّهما تصادقا على أن الملك كان في الأصل لذي اليد وادَّعى كل واحد منهما التملك عليه بسبب شراءٍ، وقد استويا في ذلك، ولو استويا في إقامة البينة على الملك المطلق عليه قضى به بينهما نصفين، فكذلك هاهنا.

فإن قيل: فقد تيقَّن القاضي بكذب أحد الفريقين؛ لأن البيعين على دار واحدة من رجلين عن كل واحد منهما بكماله لا يتصوَّر في وقت واحد، فينبغي أن تبطل البينتان.

قلنا: الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته، ولم يشهدوا بوقوع البيعين معًا، ويتصور البيعان في وقتين من واحد لعين واحدة، فكل واحد منهما اعتمد سببًا أطلق له الشهادة، فيجب العمل به بحسب الإمكان؛ ولأن البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيلي المالك، فيُضاف عقد الوكيل إلى الموكل مجازًا، بأن وكل رجلين بأن يبيعا داره، فباعَ كل واحد منهما من رجل فإنه يجوز، وعقد الوكيل كعقد الموكل، فيثبت أنه لا يستحيل ورود البيعين في زمانٍ واحدٍ من رجل واحدٍ، ويقضي لكل واحد من المشترين بنصفها، ويتخيّر كل واحد منهما ليفرّق الصفقة عليه، فإنه أثبتَ عقده في الكل، فلتبعيض الملك عليه حين لم يسلم له إلا النصف خيَّرناهما، فإن رضيَا به فعلى كل واحد منهما من الثمن بقدر ما يسلم له من المبيع وذلك النصف.

قوله: بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ ذَلِكَ قَبْلَ تَخْيِيرِ القَاضِي حَيْثُ يَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الجَمِيعَ؛ لأنه

القَاضِي حَيْثُ يَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الجَمِيعَ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الكُلَّ وَلَمْ يَفْسَخْ سَبَبَهُ، وَالعَوْدُ إِلَى النِّصْفِ لِلْمُزَاحِمَةِ وَلَمْ تُوجَدْ، وَنَظِيرُهُ تَسْلِيمُ أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ قَبْلَ القَضَاءِ، وَنَظِيرُ الأَوَّلِ تَسْلِيمُهُ بَعْدَ القَضَاءِ (وَلَوْ ذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَارِيخًا فَهُوَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا)؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ فِي زَمَانٍ لا يُنَازِعُهُ فِيهِ أَحَدٌ فَانْدَفَعَ الآخَرُ بِهِ.

(وَلَوْ وُقِّتَتْ إِحْدَاهُمَا وَلَمْ تُوَقَّتِ الأُخْرَى فَهُوَ لِصَاحِبِ الوَقْتِ) لِثُبُوتِ مِلْكِهِ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ وَاحْتَمَلَ الآخَرُ أَنْ يَكُونَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَلا يَقْضِي لَهُ بِالشَّكِّ (وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ فَهُوَ أَوْلَى) وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ قَبْضِهِ

أثبتَ شراه في الكل ولم يفسخ القاضي بيعه في شيءٍ، وإنَّما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه معه، فإذا زالت المزاحمة قضى له بالكل، كالشفيعين إذا سلم أحدهما قبل قضاء القاضي لهما يقضى للآخر بجميع الدار، بخلاف ما لو كان تسليمه بعد القضاء، فإنه لا يكون للآخر إلا نصف الدار.

قوله: وَلَوْ وُقِّتَتْ إِحْدَاهُمَا وَلَمْ تُوَقَّتِ الأُخْرَى فَهُوَ لِصَاحِبِ الوَقْتِ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا ادَّعيا الشراء من رجلين، وأقاما بينة فوقتت إحدى البينتين دون الأخرى حيث يقضي به بينهما نصفين، وهاهنا يقضي لصاحب الوقت؟

قلتُ: جواب هذا يجيء بعد هذا بورق في الكتاب، وأوضح الفرْق بينهما في «المبسوط» فقال: لأنَّ كل واحد منهما هناك خصم عن بائعه في إثبات الملك له، فتوقيت أحدهما لا يدل على سبق ملك بائعه، فلعل ملك البائع الآخر أسْبَق فلهذا قضينا به بينهما، أمَّا هاهنا فاتفقا على ملك البائع الواحد، فإنما حاجة كل واحد منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه لا إلى إثبات الملك، وسبب الملك في حق الذي وقَّت شهوده أسْبَق؛ وذلك لأن شراهما حادث فإنما يُحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات ما لم يثبت التاريخ، وإنَّما يثبت شراء الدار الذي لم يوقت شهوده في الحال، وقد أثبت الآخر شراه سابقاً فكان هو أوْلَى.

قوله: وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ فِي يَدِهِ، أي: القبض ثابت في يده معاينةً في الحال، ثم قوله: وَمَعْنَاهُ

يَدُلُّ عَلَى سَبْقِ شِرَائِهِ، وَلِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي الإِثْبَاتِ فَلَا تُنْقَضُ الْيَدُ الثَّابِتَةُ بِالشَّكِّ، وَكَذَا لَوْ ذَكَرَ الآخَرُ وَقْتًا؛

أَنَّهُ فِي يَدِهِ، إنَّما احتاج إلى التفسير بهذا؛ لأن قوله: وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ، يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أي: أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع، جاز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا، حيث ذكر في «الذخيرة»: ثبوت اليد لأحد المدعيين بالمعاينة.

قوله: لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ قَبْضِهِ يَدُلُّ عَلَى سَبْقِ شِرَائِهِ؛ وذلك لأن كل واحد منهما لمَّا لم يثبت تاريخ الشراء كان شراءهما ثابتاً في الحال؛ لما ذكرنا من «المبسوط» أن شراءهما حادث، فيُحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات ما لم يثبت التاريخ، ولمَّا كان كذلك كان شراء الذي لم يقبض مقارناً لقبض صاحب اليد؛ لأن كلًّا منهما ثابت في الحال، ثم شراء القابض متقدم على قبضه لا محالة؛ لأن قبضه مبني على شراءه؛ إذ جواز قبضه إنما استفيد من شراءه متقدماً عليه، فلمَّا تقدَّم شراءه على قبضه كان هو متقدماً أيضاً على ما هو مقترن بقبضه، وهو شراء المدعي الذي لم يقبض، فكان تاريخ شراء القابض متقدماً على شراء خصمه بِهذا الطريق، وقد ذكر قبل هذا.

قوله: وَلَوْ ذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَارِيخًا فَهُوَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن هناك الخارج أَوْلَى؟

قلتُ: وجهه أن هناك كل واحد من المدعيين يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه أولاً، فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذي اليد، فكان بينة الخارج أَوْلَى، فأمَّا هاهنا فلا يحتاجان إلى إثبات الملك للبائع، بل هو ثابت بتصادقهما عليه، إنَّما حاجتهما إلى إثبات سبب الاستحقاق عليه، وسبب القابض أَقْوَى لتأكّده بالقبض، فكان هو أَوْلَى؛ لما أن تمكن القابض من القبض دليل سبق عقده على ما ذكرنا، وهو دليل معاين، والتاريخ في حق الخارج مخبر به، وليس الخبر كالمعاينة.

قوله: وَكَذَا لَوْ ذَكَرَ الآخَرُ وَقْتًا، أي: لو ذكرت بينة الخارج وقت الشراء الخارج فهناك

لِمَا بَيَّنَّا. إِلَّا أَنْ يَشْهَدُوا أَنَّ شِرَاءَهُ كَانَ قَبْلَ شِرَاءِ صَاحِبِ الْيَدِ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ يَفُوقُ الدَّلَالَةَ.

أيضـًا كان العبد لصاحب اليد؛ لأن بذكر الوقت من شهود الخارج لا يزول احتمال سبق العقد لذي اليد، فلا ينقض قبضه إلا أن يشهدوا أن بيع الخارج كان قبل بيع ذي اليد، فحينئذٍ يكون بيع الخارج أوْلَى؛ لأن مقدم عقده ثبت بنصٍّ من شهوده، وتبيَّن أن القابض اشترى من غير المالك، هذا كله من «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: أن دعوى الخارج مع ذي اليد الملك بسبب من جهة غيرهما لا يخلو من وجهين:

(١) إمَّا إن ادعيا تلقى الملك من جهة واحدة، والحكم فيه أنَّهما إذا أرَّخا تاريخهما على السواء.

(٢) أو لم يؤرخا، فذو اليد أوْلَى؛ لأنَّهما استويا في إثبات الشراء، ولأحدهما يد والشراء يتأكد باليد، فكان صاحب اليد وأنه ثبتَ آكد الشرائين أوْلَى، وإن أرَّخ أحدهما فكذلك ذو اليد أوْلَى، بخلاف ما إذا كانت الدار في يد البائع؛ ولأحد المدعيين تاريخ حيث كان المؤرخ أوْلَى؛ لأنا إنَّما جعلنا المؤرخ أوْلَى ثمَّة تقليلًا لنقض ما هو ثابت، وتقليل النقض هاهنا في جعل صاحب اليد أوْلَى، فلذلك جعلنا صاحب اليد أوْلَى، بيانه أنَّا إذا قضينا لصاحب التاريخ هاهنا احتجنا إلى نقض شراء ذي اليد مع يده، ويده ثابتة معاينةً، ومتى قضينا لصاحب اليد احتجنا إلى نقض شراء الآخر، وتاريخه الثابت بالبيِّنة، والثابت معاينةً فوق الثابت بالبينة، فكان نقضُ الثابت معاينةً أكثر من نقض الثابت بالبينة، فإذًا في الموضعين يقضى بتقليل نقض ما هو ثابت.

وقوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ قَبْضِهِ يَدُلُّ عَلَى سَبْقِ شِرَائِهِ، معناه من واحد، وإنَّما احترز به من أن يكون من اثنين فإنَّهما سواءٌ فيه، ولا أولوية للشراء على الهبة حينئذٍ على ما يجيء بعد هذا في قوله: وَلَوِ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ مِنْ رَجُلٍ وَالآخَرُ الهِبَةَ وَالقَبْضَ مِنْ غَيْرِهِ، إلى أن قال: قَضَى بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا) مَعْنَاهُ مِنْ وَاحِدٍ (وَأَقَامَا بَيِّنَةً وَلا تَارِيخَ مَعَهُمَا فَالشِّرَاءُ أَوْلَى)؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ أَقْوَى لِكَوْنِهِ مُعَاوَضَةً مِنَ الجَانِبَيْنِ، وَلِأَنَّهُ يُثْبِتُ المِلْكَ بِنَفْسِهِ وَالمِلْكُ فِي الهِبَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى القَبْضِ، وَكَذَا الشِّرَاءُ

قوله: لِأَنَّ الشِّرَاءَ أَقْوَى لِكَوْنِهِ مُعَاوَضَةً مِنَ الجَانِبَيْنِ، وَلِأَنَّهُ يُثْبِتُ المِلْكَ بِنَفْسِهِ وَالمِلْكُ فِي الهِبَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى القَبْضِ، فإن قلتَ: هاتان النكتتان ثابتتان فيما إذا ادَّعيا الشراء والهبة من اثنين، ومع ذلك لم يجعل الشراء أقوى من الهبة في ذلك على ما ذكرت، مع أن ضعف الهبة من الشراء في الوجه الذي ذكر لا يختلف في أن يكون دعواهما سبب الملك من واحدٍ أو من اثنين.

قلتُ: نعم كذلك لا نختلف، ولكن المدعيين يستويان فيما إذا كان الملك اثنين لمعنى آخر، وهو أنَّهما إذا ادَّعيا الشراء والهبة من واحد لا يحتاجان إلى إثبات الملك لمن ملكهما، فإنه ثابت بتصادقهما، وإنَّما الحاجة إلى إثبات سبب الملك عليه، وفي إثبات سبب الملك لنفسهما الشراء أقوى من الهبة؛ لأنه عقد ضمان موجب للملك في العوضين، والهبة تبرع؛ ولأن سبق ثبوت الملك بالشراء على ثبوت الملك في الهبة إنَّما يتصور فيما إذا كان الملك واحدًا؛ لما أن الشراء موجب للملك بنفسه، والهبة لا توجب الملك إلا بعد القبض، فكان ملك مدعي الشراء سابقـًا، فكان هو أوْلَى.

وأمَّا إذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان إلى إثبات الملك لمن ملكهما، وينتصب كل واحد منهما خصمـًا عمَّن ملكه في إثبات الملك له أولًا ثم لنفسه، والحجتان في إثبات الملك لهما سواء، فيقضي به بينهما لذلك، كذا ذكر في «المبسوط».

ثم قال: فإن قيل: إنَّما وضع المسألة في الدار، فكيف يجوز القضاء بالهبة في جزءٍ منها مشاعـًا؟ قلنا: قد قيل: هذه المسألة موضوعة في الدابة، ولئن كانت في الدار فكل واحد منهما أثبت سبب استحقاقه في الكل، إلا أنه لأجل المزاحمة يسلم له البعض، وهذه المزاحمة بعد القبض، فكان شيوعـًا طارئـًا وذلك لا يبطل الهبة والصدقة.

وَالصَّدَقَةُ مَعَ القَبْضِ لِمَا بَيَّنَّا (وَالهِبَةُ وَالقَبْضُ وَالصَّدَقَةُ مَعَ القَبْضِ سَوَاءٌ حَتَّى يَقْضِيَ بَيْنَهُمَا) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي وَجْهِ التَّبَرُّعِ، وَلا تَرْجِيحَ بِاللُّزُومِ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى المَآلِ وَالتَّرْجِيحُ بِمَعْنًى قَائِمٍ فِي الحَالِ، وَهَذَا فِيمَا لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ صَحِيحٌ، وَكَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ البَعْضِ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ طَارِئٌ. وَعِنْدَ البَعْضِ لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ تَنْفِيذُ الهِبَةِ فِي الشَّائِعِ وَصَارَ كَإِقَامَةِ البَيِّنَتَيْنِ عَلَى الِارْتِهَانِ وَهَذَا أَصَحُّ.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أي: من المعنيين في أن الشراء أقوى من الهبة، وكذلك هو أقْوَى من الصدقة أيضاً.

قوله: وَلا تَرْجِيحَ بِاللُّزُومِ، أي: لا ترجيح للصدقة على الهبة بسبب أنَّ الصدقة قد تقع لازمةً، حيث لا يصح الرجوع فيها، بخلاف الهبة، وهذا جواب إشكال ذكره في «المبسوط»، يعني ينبغي أن يترجح الصدقة على الهبة بسبب أن الصدقة تقع لازمة أينما وقعت، فأجاب عنه بهذا وقال: وَلا تَرْجِيحَ - للصدقة - بِاللُّزُومِ؛ لِأَنَّهُ - أي: لأن اللزوم - يَرْجِعُ إِلَى المَآلِ، أي: أن أثره إنَّما يظهر في ثانِي الحال؛ لأن اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل، فكان ظهور أثره في ثانِي الحال؛ ولأن امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب، لا لقوَّة السبب، ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها أيضاً.

قوله: لِأَنَّ الشُّيُوعَ طَارِئٌ، وهو لا يمنع صحَّة الهبة، كما لو استحق نصف الموهوب بعد القبض.

قوله: وَعِنْدَ البَعْضِ لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ تَنْفِيذُ الهِبَةِ فِي الشَّائِعِ، جعل هذا القول أصح في «المبسوط»، وذكر هذه المسألة فيه بأوضح بيان فقال:

ولو ادَّعى رجل هبةً مقبوضةً وادعى الآخرصدقة مقبوضةً وأقاما البينة، فإن وقتت إحدى البينتين ولم تُوقِّت الأخرى قضيت بها لصاحب الوقت؛ لأن كل واحد منهما أثبت سبب ملك حادث، فإنَّما يحال بحدوثه على أقرب الأوقات، وقد أثبت أحدهما تاريخاً

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ وَادَّعَتِ امْرَأَتُهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ فَهُمَا سَوَاءٌ) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي القُوَّةِ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يُثْبِتُ المِلْكَ بِنَفْسِهِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الشِّرَاءُ أَوْلَى وَلَهَا عَلَى الزَّوْجِ القِيمَةُ؛

سابقًا بالتوقيت فيقضى بها له، وإن كان في يد من لم يُوقت شهوده قضيت بها له؛ لأن قبضه دليل سبق عقده، وهو دليل معاين، والتوقيت في حق الآخر مخبِر به، وليس الخبر كالمعاينة، إلا أن يقيم الآخر بيّنة أنه الأول، فحينئذٍ يكون هو أوْلَى لإثباته الملك في وقت لا ينازعه الآخر فيه، وإن لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين لأحدهما، ففيما لا يقسم يقضى بينهما نصفان؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها تبطل البينتان جميعـًا إذا لم يكن فيهما ما يرجح إحداهما من قبض أو تاريخ؛ لأنا لو عملنا بِهما قضينا لكل واحد منهما بالنصف والهبة والصدقة في مشاع تحتمل القسمة لا تجوز.

قيل: هذا قول أبي حنيفة رحمه الله، أمَّا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف، على قياس قول هبة الدار لرجلين، وقيل: ينبغي على قولهم أن يقضي جميعـًا لكل واحد منهما بالنصف؛ لأن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ، وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة، والأصح أن المذكور في الكتاب قولهم جميعـًا؛ لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضي بالعقد الذي شهدَ به شهوده، وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعـًا، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي، ويمكن الشيوع في الملك المستعاد بالهبة مانع صحتها.

قوله: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، يعني: يقضي لكل واحد منهما بالنصف ثم للمرأة بنصف القيمة على الزوج، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إيَّاه، فوجهه ما ذكر قبله **بقوله: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعَاوَضَةٍ يُثْبِتُ المِلْكَ بِنَفْسِهِ**، فكانا بمنزلة الشرائين، بل النكاح أقوى من الشراء من وجه؛ لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدًا، حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم، بخلاف الملك في المشترى، ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشترى، فإن لم يترجح جانب النكاح بهذا فلا أقل من المساواة.

لِأَنَّهُ أَمْكَنَ العَمَلُ بِالبَيِّنَتَيْنِ بِتَقْدِيمِ الشِّرَاءِ، إِذِ التَّزَوُّجُ عَلَى عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ لِلْغَيْرِ صَحِيحٌ وَتَجِبُ قِيمَتُهُ عِنْدَ تَعَذُّرِ تَسْلِيمِهِ (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا رَهْنًا وَقَبْضًا وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا وَأَقَامَا بَيِّنَةً فَالرَّهْنُ أَوْلَى) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي القِيَاسِ الهِبَةُ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُثْبِتُ المِلْكَ وَالرَّهْنُ لا يُثْبِتُهُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ المَقْبُوضَ بِحُكْمِ الرَّهْنِ مَضْمُونٌ وَبِحُكْمِ الهِبَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ وَعَقْدُ الضَّمَانِ أَقْوَى. بِخِلَافِ الهِبَةِ بِشَرْطِ العِوَضِ؛ لِأَنَّهُ

وقوله: لِأَنَّهُ أَمْكَنَ العَمَلُ بِالبَيِّنَتَيْنِ بِتَقْدِيمِ الشِّرَاءِ، يعني أن تصحيح البينات والعمل بِها واجبٌ مهما أمكن؛ لأنَّها حجج من حجج الشرع، والعمل بحجج الشرع واجبٌ بحسب الإمكان، وهاهنا يمكن العمل بالبينتين بأن يجعل الشراء سابقـًا؛ وذلك لأنا لو قدمنا النكاح عليه لم يصح الشراء بعد ذلك، بل يبطل إذا لم تجزه المرأة، ولو قدمنا الشراء يصح العقدان؛ لما أن من تزوَّج امرأة على دار لغيره صحَّ العقد والتسمية جميعـًا، وإن لم يجز صاحبها حتى يجب الرجوع إلى قيمتها دون مهر المثل، فرجَّحنا جهة الصحة.

وأمَّا جواب أبي يوسف عمَّا قاله محمد رحمهما الله فهو أن المقصود من ذكر السبب ملك العين، والنكاح إذا تأخَّر لم يوجب ملك المسمى، كما إذا تأخر الشراء وهما سواءٌ في حق ملك العين؛ ولأن فيما قاله محمد رحمه الله إثبات تاريخ لم يشهد به الشهود، والتاريخ بين العقدين لا يثبت من غير حجة، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَفِي القِيَاسِ الهِبَةُ أَوْلَى؛ - وهو رواية كتاب الشهادات - لِأَنَّهَا تُثْبِتُ المِلْكَ - أي: لأن الهبة تثبت ملك العين - وَالرَّهْنُ لا يُثْبِتُهُ، فكانت البينة المثبتة لملك العين أكثر إثباتـًا، فكان أَوْلَى.

قوله: وَعَقْدُ الضَّمَانِ أَقْوَى، أي: من عقد التبرع؛ ولأن بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين، والهبة لا تثبت إلا بدلًا واحدًا، فكانت أكثر إثباتًا فكان أَوْلَى، فصاحب التاريخ الأقدم أَوْلَى، هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف آخرًا، وبه قال محمد رحمه الله أولًا،

بَيْعُ انْتِهَاءٍ وَالبَيْعُ أَوْلَى مِنَ الرَّهْنِ لِأَنَّهُ عَقْدُ ضَمَانٍ يُثْبِتُ المِلْكَ صُورَةً وَمَعْنًى، وَالرَّهْنُ لا يُثْبِتُهُ إلَّا عِنْدَ الهَلَاكِ مَعْنًى لا صُورَةً فَكَذَا الهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ (وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجَانِ البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ وَالتَّارِيخِ فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الأَقْدَمِ أَوْلَى) لِأَنَّهُ أَثْبَتَ أَنَّهُ أَوَّلُ المَالِكَيْنِ فَلَا يَتَلَقَّى المِلْكَ إلَّا مِنْ جِهَتِهِ وَلَمْ يَتَلَقَّ الآخَرُ مِنْهُ.

قَالَ: (وَلَوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ) مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ اليَدِ (وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى تَارِيخَيْنِ فَالأَوَّلُ أَوْلَى) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ أَثْبَتَهُ فِي وَقْتٍ لا مُنَازِعَ لَهُ فِيهِ.

فأمَّا على قول محمد رحمه الله آخرًا يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة.

وأمَّا لو أرَّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقضى بينهما؛ لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصحِّ الروايات، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يقضى للذي أرَّخ، وعلى قول محمد رحمه الله يقضى للذي لم يؤرخ؛ لأنه يدعي أوليَّة الملك، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى تَارِيخَيْنِ فَالأَوَّلُ أَوْلَى، وفي هذا الحكم لا يتفاوت بين أن يكون بائعها واحدًا أو اثنين؛ لما أن صاحب التاريخ الأقدم أَوْلَى، وإنما يتفاوت الحكم بينهما فيما إذا وقت إحدى البينتين ولم توقت الأخرى على ما ذكر بعد هذا **بقوله: بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ البَائِعُ وَاحِدًا**.

وقوله: أَنَّهُ أَثْبَتَهُ فِي وَقْتٍ لا مُنَازِعَ لَهُ فِيهِ، يعني أنه استحقها من ذلك الوقت فتبيَّن أن الآخر اشتراها من غير المالك فكان شراه باطلًا.

قوله: وَلَوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ، مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ اليَدِ، ففى تقييده **بقوله: مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ اليَدِ**، ليست زيادة فائدة، فإن في هذا الحكم المرتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحدًا؛ لأنه ذكر في «الذخيرة»:

(وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِنْ آخَرِ، وَذَكَرَا تَارِيخًا فَهُمَا سَوَاءٌ)؛

دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا، فإن أرَّخا وتاريخهما على السواء، أو لم يؤرخا فالدار بينهما نصفان؛ لأنَّهما استويا في الدعوى والحجة، وإن أرَّخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أوْلَى؛ لأنه أثبت شراؤه في وقت لا ينازعه فيه أحد، فيثبت شراؤه من ذلك الوقت، ويتبيَّن أن الآخر اشتراها من غير المالك، وإن أرَّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرِّخ أوْلَى تعليلًا لنقض ما هو ثابتٌ؛ لأنا إذا جعلنا المؤرخ أوْلَى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير، وأمَّا إذا قضينا للذي لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراؤه وتاريخه بعدما ثبتَ الأمران بالبينة.

وإذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر، بأن ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا، سمَّى رجلًا آخر، وجاء رجل آخر فادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه، فإن لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخـًا، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أوْلَى لما قلنا.

قوله: وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِنْ آخَرِ - يعني: هر يكى از ديگرى، بأن ادَّعيا الشراء من رجلين كل واحد منهما من رجل بخلاف الأول - وَذَكَرَا تَارِيخًا فَهُمَا سَوَاءٌ، أي: ذكرا تاريخـًا واحدًا، وأمَّا لو ذكرا تاريخين فالسابق أوْلَى؛ لإثبات الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه، ويرجع الآخر بالثمن على البائع لاستحقاق المبيع في يده، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: ما وجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذا وهو مسألة الشراء، وبين مسألة الميراث، فإن الخارجين إذا ادَّعيا إرثـًا من أبويهما وأرَّخا وتاريخ أحدهما أقدم، فعلى قول محمد رحمه الله آخرًا وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولًا: يقضى بينهما، فلم يعتبر لسبق التاريخ محمد رحمه الله في الميراث، واعتبره في الشراء؟

قلتُ: الفرق بينهما من حيث أن المشترى حادث ثبتَ بسبب حادث وهو الشراء،

لِأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ المِلْكَ لِبَائِعَيْهِمَا فَيَصِيرُ كَأَنَّهُمَا حَضَرَا ثُمَّ يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ (وَلَوْ وُقِّتَتْ إحْدَى البَيِّنَتَيْنِ وَقْتًا وَلَمْ تُؤَقِّتِ الأُخْرَى قَضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)؛ لِأَنَّ تَوْقِيتَ إحْدَاهُمَا لا يَدُلُّ عَلَى تَقَدُّمِ المِلْكِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الآخَرُ أَقْدَمَ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ البَائِعُ وَاحِدًا؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ المِلْكَ لا يُتَلَقَّى إلَّا مِنْ جِهَتِهِ، فَإِذَا أَثْبَتَ أَحَدُهُمَا تَارِيخًا يَحْكُمُ بِهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَنَّهُ تَقَدَّمَ شِرَاءُ غَيْرِهِ. وَلَوِ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ مِنْ رَجُلٍ وَالآخَرُ الهِبَةَ وَالقَبْضَ مِنْ غَيْرِهِ وَالثَّالِثُ المِيرَاثَ مِنْ أَبِيهِ وَالرَّابِعُ الصَّدَقَةَ وَالقَبْضَ مِنْ آخَرَ قَضَى بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا، لِأَنَّهُمْ يَتَلَقَّوْنَ المِلْكَ مِنْ بَاعَتِهِمْ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا وَأَقَامُوا البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ المُطْلَقِ.

فكل واحد من المشتريين يثبت لنفسه ملكاً حادثاً لا تعلق له بملك البائع، فمن أثبت لنفسه الملكَ في وقت لا ينازعه فيه أحد كان أَوْلَى، وأمَّا ملك الوارث فهو ليس بملك جديد، بل هو عين ما كان ثابتاً للمورث؛ لأن الوراثة خلافه، ولا تاريخ في ملك المورثين فاستويا، فعن هذا الوجه افترقا، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَيَصِيرُ كَأَنَّهُمَا حَضَرَا، أي: حضر البائعان وادَّعيا، ثم يخيّر كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل وهو **قوله**: كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ العَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ.

قوله: لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا - أي: في حق البائع الواحد - عَلَى أَنَّ المِلْكَ لا يُتَلَقَّى إلَّا مِنْ جِهَتِهِ، وإنَّما حاجة كل واحد منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه، لا إلى إثبات الملك، وسبب الملك في حق الذي وقت شهوده أسبق، فكان هو بالدار أَوْلَى.

قوله: لِأَنَّهُمْ يَتَلَقَّوْنَ المِلْكَ مِنْ بَائِعِهِمْ، وفي بعض النسخ: مِنْ بَاعَتِهِمْ، وكلاهما على طريق التغليب؛ لأن البائع واحد من المملوكين الأربع، فكان المراد منه من مملكيهم، وفي بعض النسخ: من ملقيهم، استدلالًا بلفظ: يَتَلَقَّوْنَ.

قَالَ: (فَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ البَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ وَصَاحِبُ اليَدِ بَيِّنَةً عَلَى مِلْكٍ أَقْدَمَ تَارِيخًا كَانَ أَوْلَى) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَعَنْهُ أَنَّهُ لا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي اليَدِ، رَجَعَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ البَيِّنَتَيْنِ قَامَتَا عَلَى مُطْلَقِ المِلْكِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِجِهَةِ المِلْكِ فَكَانَ التَّقَدُّمُ وَالتَّأَخُّرُ سَوَاءً. وَلَهُمَا أَنَّ البَيِّنَةَ مَعَ التَّارِيخِ مُتَضَمِّنَةٌ مَعْنَى الدَّفْعِ، فَإِنَّ المِلْكَ إِذَا ثَبَتَ لِشَخْصٍ فِي وَقْتٍ فَثُبُوتُهُ لِغَيْرِهِ بَعْدَهُ لا يَكُونُ

قوله: وَعَنْهُ - أي: وعن محمد رحمه الله - **أَنَّهُ لا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي اليَدِ رَجَعَ إِلَيْهِ**، أي: إلى قوله الذي لا يقبل بينة ذي اليد في الصور كلها إلا في النتاج.

وفي «المبسوط»: وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمهما الله أنه رجع عن هذا القول، وهو أن بينة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً من بينة الخارج كانت أوْلَى بعد انصرافه من الرقَّة، وقال: لا أقبل من ذي اليد بينةً على تاريخ، ولا عبرة إلا للنتاج وما في معناه؛ وهذا لأن التاريخ ليس بسبب لأولية الملك، بخلاف النتاج.

قوله: لِأَنَّ البَيِّنَتَيْنِ قَامَتَا عَلَى مُطْلَقِ المِلْكِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِجِهَةِ المِلْكِ، وهذا احتراز عمَّا لو قامت البينتان بالتاريخ في الشراء، وإحداهما أسبق تاريخاً من الأخرى، فالأسبق أوْلَى سواء كان البائع واحدًا أو اثنين؛ لأنه ذكر في «المبسوط»:

ولو ادَّعيا الملك بالشراء كل واحد منهما من رجلين أو من واحد، وأرخا وأحدهما أسبق تاريخاً كان صاحب أسْبَق التاريخين أوْلَى، وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة، فإن من ادَّعى على صاحب اليد عيناً وأنكر صاحب اليد لدعواه وأقام البينة على أنه اشتراه تندفع الخصومة، وقد مرَّ قبل هذا قبول بيّنة صاحب اليد في أنَّ العين وديعة في يده، حتى تندفع عنه دعوى المدَّعي عند إقامة البينة، ولمَّا قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت هاهنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ قبل بينة الخارج متضمِّنة دفع بينة الخارج، على معنى أنَّها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله، فتقبل لكونها متضمِّنة للدفع، أو نقول: أن صاحب أسبق التاريخين أثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره، فهو أوْلَى خارجاً كان أو صاحب يد؛ وهذا لأن يد

إِلَّا بِالتَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ وَبَيِّنَةُ ذِي اليَدِ عَلَى الدَّفْعِ مَقْبُولَةٌ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ لَوْ كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا وَالمَعْنَى مَا بَيَّنَّا، وَلَوْ أَقَامَ الخَارِجُ وَذُو اليَدِ البَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ مُطْلَقٍ وَوُقِّتَتْ إِحْدَاهُمَا دُونَ الأُخْرَى فَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ الخَارِجُ أَوْلَى.

ذي اليد دلَّت على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ، فوجبَ قبول بينته على التاريخ كما وجبَ قبول بينته على النتاج؛ لأنه إنَّما وجبَ قبول البينة على النتاج لكون تاريخه أسبق، فكذا هنا، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ لَوْ كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، أي: لو كانت الدار في أيديهما كان صاحب الوقت الأول أوْلَى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله لا يعتبر الوقت، فكأنَّهما قامتا على مطلق الملك فيكون بينهما، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَالمَعْنَى مَا بَيَّنَّا، وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين.

قوله: وَوُقِّتَتْ إِحْدَاهُمَا دُونَ الأُخْرَى، إنما قيَّد بالتوقيت؛ لأن الخارج وذا اليد إذا أقاما بينةً على ما ادعياه في الملك المطلق من غير ذكر التاريخ، لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم، وإنَّما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ؛ لأنِّي قد ذكرتُ قبل هذا من «المبسوط» قوله: والأصل أن بيّنة الخارج وبيّنة ذي اليد إذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أوْلَى بالقبول عندنا، وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تَهاترت البينتان، ويكون المدعى لذي اليد تركاً في يده، وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك، وفي القول الآخر يرجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك بالبيّنة.

وحاصل هذه الجملة وتقسيماتِها ما ذكره في «شرح الطحاوي» بقوله: فالجملة في هذا أن يقول إذا تنازع اثنان في عين، فهذا لا يخلوا: إمَّا أن يكون في أيديهما، أو في يد أحدهما، أو في يد ثالث سواهما، وادعيا ملكاً بينهما أو ميراثاً، أو شراءً من واحد أو من اثنين، ولم يؤرخا أو أرَّخا تاريخاً واحدًا، أو أحدهما أسبق تاريخاً من الآخر، أو أرَّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: صَاحِبُ الوَقْتِ أَوْلَى؛

أمَّا إذا ادعيا ملكاً بينهما فإن كان في يد ثالث سواهما ولم يؤرّخا أو أرخا تاريخاً واحدًا فهو بينهما نصفان، وإن أرّخا وأحدهما أسْبَق تاريخاً من الآخر فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر يقضى لأسبقهما تاريخاً، وفي قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد رحمهما الله يقضى بينهما نصفين، ولم نذكر هذا الاختلاف في الأصل.

وإن أرَّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فلا عبرةَ للوقت في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، ويقضى بينهما نصفين، وفي قول أبي يوسف رحمه الله يقضى لصاحب التاريخ، وفي قول محمد رحمه الله يقضى للذي لم يؤرخ، هذا إذا كان الشيء في يدِ ثالث سواهما، ولو كان في يد أحدهما يقضى للخارج، إلا إذا أرَّخا وتاريخ صاحب اليد أسْبَق فيقضى له، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فلا عبرة للوقت في قول أبي حنيفة رحمه الله ويقضى بينهما نصفين، وفي قول محمد رحمه الله يقضى به للذي لم يؤرخ، وفي قول أبي يوسف يقضى به للذي أرّخ.

وإن ادَّعيا الميراث كل واحد منهما يقول: هذا لي ورثتُه من أبي، فإن كان العين في يد ثالث، فإن لم يؤرخا أو أرَّخا تاريخاً واحدًا فهو بينهما نصفان، وإن كان أحدهما أسْبَق تاريخاً يقضى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: يقضى بينهما نصفين؛ لأن الموت لا يكون تاريخاً للملك؛ لأنَّهما قاما مقام المورثين، فكأنَّ المؤرثين حضرا وادَّعيا من غير تاريخ، إلا إذا أرَّخا لملك المورثين فحينئذٍ يقضى لأسبقهما تاريخاً بالإجماع، ولو أرَّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر يقضى بَيْنهما بالإجماع، وإن كان في يد أحدهما فهو للخارج إلا إذا كان تاريخ صاحب اليد أسْبَق، فهو أوْلَى به عندهما، وعند محمد رحمه الله يقضى به للخارج؛ لأنه لا عبرة للوقت في الميراث عنده، وإن أرَّخ أحدهما ولم يؤرّخ الآخر فهو للخارج بالإجماع، ولو كان بأيديهما فهو بينهما إلا إذا كان تاريخ أحدهما أسْبَق فهو أوْلَى.

ولو ادَّعيا الشراء والدار في يد ثالث، فإن ادَّعى كل واحد منهما الشراء من صاحب اليد ولم يؤرخا وأقاما جميعاً البيّنة يقضى به بينهما نصفين، لكل واحد منهما بنصف الثمن، إلى أن قال: ولو ادَّعيا تلقي الملك من اثنين فما عرفتَ من الجواب في الميراث فهو جوابك في هذا،

لِأَنَّهُ أَقْدَمُ وَصَارَ كَمَا فِي دَعْوَى الشِّرَاءِ إِذَا أَرَّخَتْ إِحْدَاهُمَا كَانَ صَاحِبُ التَّارِيخِ أَوْلَى.

سواءٌ ادَّعيا بسببٍ واحدٍ أو بسببين مختلفين.

ويقع الفرق بين هذا وبين ما ادَّعيا تلقي الملك من واحد في فصلين:

أحدهما: أن هاهنا إذا أرَّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر يقضى بينهما إذا كان الشيء في يد ثالث، وإذا ادعيا تلقي الملك من واحد يقضى لصاحب التاريخ.

والثاني: أن الدار إذا كانت في يد أحدهما هاهنا يقضى بِها للخارج، إلا إذا كان تاريخ صاحب اليد أسْبَق، وإذا ادَّعيا تلقي الملك من واحد يقضى لصاحب اليد، إلا إذا كانا أرَّخا وتاريخ الخارج أسْبَق، هذا كله إذا أقاما جميعاً البينة، فلو لم يكن لهما بيّنة يحلف صاحب اليد، فإن حلف أحدهما يترك في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق، حتى أنَّهما لو أقاما جميعاً البيّنة بعد ذلك يقضى لهما، وإن نكل لهماً جميعا يقضى بينهما نصفين على ما ذكرنا، فبعد ذلك إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لا يقبل، وكذلك إذا ادَّعى أحد المدعيين على صاحبه وأقام على ذلك البينة لا تقبل؛ لأن صاحب اليد صار مستحقًّا عليه الجميع بالبينة، وكل واحد من المتنازعين صار مستحقًّا عليه النصف بالبينة، والأصل أن المستحق عليه بالبينة لا يستحق على المستحق، إلا إذا ادَّعى الاستحقاق من جهته أو يدعي النتاج.

قوله: وَصَارَ كَمَا فِي دَعْوَى الشِّرَاءِ إِذَا أَرَّخَتْ إِحْدَاهُمَا، يعني: إذا ادَّعيا الشراء من بائعٍ واحدٍ وأرَّخ أحدهما دون الآخر، فحينئذٍ يقضى به للمؤرخ، وأمَّا إذا ادعيا الشراء من بائعين ووُقِّت أحدهما دون الآخر قضى به بينهما نصفين، وقد مرَّ.

وأمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله يقضى للخارج؛ لأنه لا عبرةَ للتاريخ في دعوى الملك المطلق حالة الانفراد، فيسقط اعتبار التاريخ ويبقى دعوى الملك المطلق فيقضى به للخارج، وهو الصحيح من مذهبه؛ وذلك لأن الذي لم يؤرخ سابق على الذي أرَّخ من وجه لاحق من وجه سابق، من حيث أن دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكماً، فبهذا الاعتبار غير المؤرخ يكون سابقاً على المؤرَّخ، ولاحقاً من حيث أن دعوى مطلق الملك

وَلَهُمَا أَنَّ بَيِّنَةَ ذِي اليَدِ إِنَّمَا تُقْبَلُ لِتَضَمُّنِهَا مَعْنَى الدَّفْعِ، وَلا دَفْعَ هَاهُنَا حَيْثُ وَقَعَ الشَّكُّ فِي التَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِ ثَالِثٍ وَالمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَهُمَا سَوَاءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ:

يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرِّخ، فبهذا الاعتبار يكون لاحقاً، وإذا كان غير المؤرِّخ سابقاً من وجه ولاحقاً من وجه كان المؤرِّخ أيضاً سابقاً من وجه لاحقاً من وجه، فقد استويا في السبق واللحوق، فيجعل كأنَّهما ملكا معاً، وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ، فهو معنى قولنا: أن دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار، بخلاف ما إذا أرَّخا و تاريخ أحدهما أسبق حيث يقضى لأسبقهما تاريخاً عنده؛ لأن أسبقهما تاريخاً سابق من كل وجه، والآخر لاحق من كل وجه، فعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله أوَّلًا للتاريخ عبرة، وغير المؤرخ أسبَقهما تاريخاً معنى؛ لأنه يدعي أولية الملك فيقضي لغير المؤرخ، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ بَيِّنَةَ ذِي اليَدِ إِنَّمَا تُقْبَلُ لِتَضَمُّنِهَا مَعْنَى الدَّفْعِ، على ما ذكرنا قُبيل هذا فيما إذا أقامَ الخارج وذو اليد بينةً على ما ادَّعيا وأرَّخا، وتاريخ بينة ذي اليد أقْدَم من تاريخ الخارج كانت بينة ذي اليد أوْلَى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

قوله: وَلا دَفْعَ هَاهُنَا حَيْثُ وَقَعَ الشَّكُّ فِي التَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ، أي: من جهة ذي اليد، يعني: أن الاحتمال والتردد وقع في معنى الدفع هاهنا فلا يترجح بينة ذي اليد؛ لأنه لمَّا أرَّخت بينة ذي اليد ولم تؤرِّخ بينة الخارج لم نستيقن بأنه يجب أن يكون الملك للخارج متلقى من جهة ذي اليد؛ لجواز أن الخارج لو وُقِّتت شهوده كان أقْدَم، فإذا وقع التَّردد والاحتمال في تضمنه معنى الدفع لم يقبل بينة ذي اليد مع الشك، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيْدِيهما فأقامَ أحدهما بيّنة على ملك مؤرخ وأقام الآخر على مطلق الملك سقط التاريخ عند أبي حنيفة رحمه الله، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الَّذِي وَقَّتَ أَوْلَى، والوجه ما بينا، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِ ثَالِثٍ وَالمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا - أي: وُقِّتت بينة أحد الخارجين في الملك

الَّذِي وَقَّتَ أَوْلَى. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الَّذِي أَطْلَقَ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى أَوَّلِيَّةَ المِلْكِ بِدَلِيلِ اسْتِحْقَاقِ الزَّوَائِدِ وَرُجُوعِ البَاعَةِ بَعْضِهِمْ عَلَى البَعْضِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ التَّارِيخَ يُوجِبُ المِلْكَ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ بِيَقِينٍ. وَالإِطْلَاقُ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الأَوَّلِيَّةِ، وَالتَّرْجِيحُ بِالتَّيَقُّنِ؛ كَمَا لَوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ التَّارِيخَ يُضَامُّهُ احْتِمَالُ عَدَمِ التَّقَدُّمِ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ فَصَارَ كَمَا لَوْ أَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ مُطْلَقٍ، بِخِلَافِ الشِّرَاءِ لِأَنَّهُ أَمْرٌ حَادِثٌ فَيُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الأَوْقَاتِ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُ صَاحِبِ التَّارِيخِ. قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ وَصَاحِبُ اليَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى النِّتَاجِ فَصَاحِبُ اليَدِ أَوْلَى)؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ قَامَتْ عَلَى مَا لا تَدُلُّ عَلَيْهِ فَاسْتَوَيَا، وَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ ذِي اليَدِ

المطلق دون الأخرى - فَهُمَا سَوَاءٌ، أي: فالخارجان سواءٌ فصارا كأنَّهما أقاما البينة على ما ادَّعياه، ولم يوقت واحد منهما.

قوله: لِأَنَّهُ ادَّعَى أَوَّلِيَّةَ المِلْكِ بِدَلِيلِ اسْتِحْقَاقِ الزَّوَائِدِ، وهي الأولاد والأكساب، فكان مدعي مطلق الملك كان مدعياً للملك من الأصل، فكان ملك الأصل أَوْلَى من التاريخ.

قوله: كَمَا لَوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ، أي: ادعيا الشراء من بائعٍ واحدٍ ثم أرَّخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أَوْلَى، وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: بأن الاحتمال لمَّا وقع في التاريخ أنه هل هو متقدم أم لا؟ سقطَ اعتباره، **فقوله:** يُضَامُّهُ، أي: يزاحمه بخلاف الشراء، هذا جواب عن قول أبي يوسف رحمه الله، يعني أنَّهما لمَّا ادعيا الشراء اتفقا على الحدوث، ولا بدَّ للحدوث من التاريخ فَكَانَ صَاحِبُ التَّارِيخِ أَوْلَى، كذا في «الإيضاح».

قوله: فَصَاحِبُ اليَدِ أَوْلَى، سواءٌ أقامَ صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بِها للخارج أو بعده، وهذا جواب الاستحسان.

وأمَّا جواب القياس فالخارج أَوْلَى، وبه أخذ ابن أبي ليلى، ووجهه أن بيّنة الخارج

بِاليَدِ فَيَقْضِي لَهُ،

أكثر استحقاقـاً من بينة ذي اليد؛ لأن الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وذو اليد بينته لا تثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجهٍ ما، فكانت بينة الخارج أوْلَى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق.

وجه الاستحسان ما رواه أبو حنيفة رحمه الله: «عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه: أنَّ رجلًا ادعى ناقة في يدي رجل، وأقام البيّنة أنَّها ناقته نتجها، وأقام ذو اليد البينة أنَّها ناقته نتجها، فقضى رسول الله صلَّى الله عليه وسلم بِها للذي هيَ في يده»؛ ولأن يد ذي اليد لا تدل على أولية الملك فهو يثبت ببينته ما ليس بثابت بظاهر يده، فوجبَ قبول بينته ثم يترجح بيده.

بخلاف الملك المطلق، فإن هناك لا يثبت ببينته إلا ما هو ثابت له بظاهر يده، ومعنى هذا الكلام أنَّ حاجة ذي اليد إلى دفع بينة الخارج، وفي إقامته البيّنة على النتاج ما يدفع بينة الخارج؛ لأن النتاج لا يتكرَّر، فإذا ثبتَ أنه نتجها اندفع بيّنة الخارج، فيدفع استحقاق الخارج ضرورةً، فأمَّا في الملك المطلق فليسَ في بينته ما يدفع بينة الخارج؛ لأن ملكه في الحال لا ينفي ملكـاً كان للخارج فيه من قبل، فلهذا عملنا ببينة الخارج هناك.

ثم إنما قلنا: أن ذا اليدِ لو أقام بينة على دعوى النتاج بعدما قضى للخارج يقبل ببينته؛ لأن الخارج ببينته لم يستحق على ذي اليد شيئـاً، فلم يصر ذو اليد مقضيًّا عليه، فيسمع بينته كما يسمع بينة أجنبي آخر، وفي دعوى الملك المطلق لو انفرد الخارج بإقامة البينة وقضى له، ثمَّ أقام صاحب اليد بيّنة أنه له لا يسمع بينته؛ لأن الخارج ببينته استحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر يده، فصار ذو اليد مقضيًّا عليه، فلا يسمع بينته بعد ذلك، بخلاف النتاج، فإن ذا اليد لمَّا ادعى النتاج وأقام على ذلك بينةً وترجَّحت بينته باليد يسمع بينته، سواءٌ كان ذلك قبل القضاء به للخارج أو بعده، فتندفع ببينته بينة الخارج سواءٌ ادعى الخارج النتاج أو الملك المطلق.

وأمَّا قوله: أن بينة الخارج أكثر استحقاقـاً، قلنا: نعم كذلك، إلا أن في بينة ذي اليد سبق

وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ عِيسَى بْنُ أَبَانَ إِنَّهُ تَتَهَاتَرُ البَيِّنَتَانِ وَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ لا عَلَى طَرِيقِ القَضَاءِ.

التاريخ؛ لأنَّها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير، فكان أَوْلَى، ألا ترى أنَّهما لو ادعيا ملكـاً مطلقـاً وأرخا، وذو اليد أسبقهما تاريخـاً يقضى لذي اليد، وإن كان في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد، إلى هذا أشار في «المبسوط» و«الذخيرة».

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا ادَّعى ذو اليد النتاجَ، وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد، كانت بينة الخارج أَوْلَى، وكذا إذا ادَّعى ذو اليد النتاج وادَّعى الخارج أنه ملكه آجره، أو أَوْدَعه منه، أو أعاره منه، كانت بيّنة الخارج أَوْلَى.

قلتُ: قال شيخ الإسلام رحمه الله: الحاصل أن بيّنة ذي اليد إنَّما يترجح على بينة الخارج على النتاج، أو ادَّعى الخارج الملك المطلق إذا لم يدع الخارج فعلًا على ذي اليد، نحو الغصب، أو الوديعة، أو الإجارة، أو الرهن، أو ما أَشْبَه ذلك، وأمَّا إذا ادَّعى الخارج فعلًا على ذي اليد فبيّنة الخارج أَوْلَى، وأشار محمد رحمه الله إلى المعنى فقال: لأن بينة الخارج في هذه الصورة أكثر إثباتـاً؛ لأنَّها تثبت الفعل على ذي اليد، وهو الغصب والاستيجار وما أَشْبَه ذلك، وأنه ليسَ بثابت أصلًا، وذو اليد ادعى أوليَّة الملك، واليد إن كانت لا تدل على أولية الملك بل تدل على أصل الملك فكان ما ادَّعاه ذو اليد ثابتـاً من وجهٍ بظاهر يده، وما ادَّعاه الخارج من الغصب والإعارة وغير ذلك غير ثابت أصلًا، فكانت بيّنته أكثر إثباتـاً فكانت أَوْلَى بالقبول، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ عِيسَى بْنُ أَبَانَ رَحِمَهُ اللهُ: إِنَّهُ تَتَهَاتَرُ البَيِّنَتَانِ وَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ، فوجه قوله أن القاضي تيقَّن بكذب أحدهما؛ إذ لا تصور لنتاج دابة من دابتين، وفي مثل هذا يتهاتر البينتان، كما في مسألة كوفة ومكة على ما ذكرنا في أول هذا الباب، لكنَّا نقول: الصحيح أنه يترك في يد صاحب اليد على وجه القضاء، فوجه الصحة هو أن محمدًا رحمه الله ذكر في خارجين: أقامَ كل واحد منهما بينةً على النتاج أنه يقضي به بينهما نصفين، ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد، ولذلك قال:

وَلَوْ تَلَقَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا المِلْكَ مِنْ رَجُلٍ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى النَّتَاجِ عِنْدَهُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ

ولو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما وسواقطها في يد آخر، وأقام كل واحد منهما البينةَ على النتاج فيها يقضى بها وبالسواقط لمن في يده أصل الشاة، ولو كان الطريق تَهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحدٍ منهما ما في يده، ولا معنى لقوله: أن القاضي تيقَّن بكذب أحدهما؛ لأنَّ الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الأمِّ، بل برؤية الفصيل يتبع الناقة، فكل واحد من الفريقين اعتمد سبباً ظاهرًا لأداء الشهادة فيجب العمل بها، ولا يصار إلى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين، حيث لا تتهاتر البينتان، مع أن العين الواحد لا يتصور أن تكون مملوكاً لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله، ولكن لمَّا وجد القاضي بشهادة كل واحدٍ من الفريقين محملًا يطلق له أداء الشهادة، بأن عاينَ أحد الفريقين أحد الخصمين باشرَ سببَ الملك وعاين الفريق الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين، كذا هاهُنا.

وعن هذا خرج الجواب عن مسألة مكة وكوفة؛ لأن القاضي تيقَّن أن أحدهما كاذبٌ؛ لأن الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذلك المكانين على ما عليه العادة، فلم يجد لشهادتما محملا يطلق له أداء الشهادة؛ لأن المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود إيقاع الطلاق والعتاق، ولا يتصوّر سماع الفريقين إيقاع الطلاق والعتاق في يوم واحدٍ من شخص واحدٍ بكوفة ومكة؛ لما ذكرنا، فتهاترت البينتان كذلك، أمَّا هذا فبخلافه.

ثمَّ ثمرة الخلاف إنما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه، فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج؛ لأن البينتين لمَّا تَهاترتا صار كأن البينتين لم تقوما بالشهادة أصلًا، فيقضي لذي اليد قضاء ترك بعدما حلف للخارج، وعندنا لا يحلف، كذا في «المبسوط» و«الذخيرة».

يقال: تلقاه، أي: استقبله بالقبول والأخذ.

قوله: وَلَوْ تَلَقَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا - أي: ولو أخذ كل واحد من الخارج وذي اليد - **المِلْكَ مِنْ رَجُلٍ** - على حدة فكان البائع رجلين- **وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى النَّتَاجِ عِنْدَهُ**، الضمير راجع إلى رجل.

إِقَامَتِهَا عَلَى النَّتَاجِ فِي يَدِ نَفْسِهِ (وَلَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِلْكِ وَالْآخَرُ عَلَى النَّتَاجِ فَصَاحِبُ النَّتَاجِ أَوْلَى أَيُّهُمَا كَانَ)؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ قَامَتْ عَلَى أَوَّلِيَّةِ الْمِلْكِ فَلَا يَثْبُتُ لِلْآخَرِ إِلَّا بِالتَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَى بَيْنَ خَارِجَيْنِ فَبَيِّنَةُ النَّتَاجِ أَوْلَى لِمَا ذَكَرْنَا.

وذكر في «الذخيرة» هذه المسألة بِهذه العبارة فقال: عبد في يدي رجل ادَّعاه رجل أنه عبده اشتراه من فلان، وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بيّنة أنه عبده اشتراه من فلان يريد به رجلًا آخر، وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه، قضى به لذي اليد؛ لأن كل واحد منهما ببينته يثبت أوليَّة الملك بالولادة، ثم يثبت الانتقال إلى نفسه، فكأن المملكين حضرا وادَّعيا ذلك، وأحدهما صاحب يد وهناك يقضي لصاحب اليد، كذا هاهنا.

وذكر فيها أيضـاً قبل هذا من جنسها فقال: شاة في يدي رجل أقام رجل البيّنة على أنَّها شاته ولدت في ملكه، وأقام صاحب اليد بينة أنَّها شاتة تملكها من جهة فلان، وأنَّها ولدت في ملك فلان ذلك الذي تملكها منه، قضى لصاحب اليد؛ لأن صاحب اليد خصم عمَّن تلقى الملك من جهته، ويده يد المتلقى منه، فصار كأن المتلقى منه حضر وأقام البينة على النتاج والشاة في يده، وهناك يقضي بالشاة له، كذا هنا، وفي عكسه أيضـاً يقضى لصاحب اليد.

وذكر في «المبسوط» بعدما ذكر هذه المسائل: وكذلك لو أقام البينة على وراثة أو وصية أو هبة مقبوضة من رجل، وأنه ولد في ملك ذلك الرجل؛ لأنه يتلقى الملك من جهة مورثه أو من موصيه، فيكون خصمـاً عنه في إثبات نتاجه.

قوله: وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَى بَيْنَ خَارِجَيْنِ فَبَيِّنَةُ النَّتَاجِ أَوْلَى، يعني أنه إذا ادَّعى رجل عبدًا في يدي رجُل بأنه ملكه مطلقـاً، وادعاه آخر أنه ملكه ولد في ملكه، وأقاما البينة على ذلك فبينة النتاج أوْلَى من بينة الملك مطلقـاً.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، وهو **قوله: لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ** - أي: بينة صاحب النتاج - **قَامَتْ عَلَى أَوَّلِيَّةِ الْمِلْكِ**.

(وَلَوْ قَضَى بِالنِّتَاجِ لِصَاحِبِ الْيَدِ ثُمَّ أَقَامَ ثَالِثٌ الْبَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ يَقْضِي لَهُ إِلَّا أَنْ يُعِيدَهَا ذُو الْيَدِ)؛ لِأَنَّ الثَّالِثَ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْقَضِيَّةِ،

قوله: إِلَّا أَنْ يُعِيدَهَا ذُو الْيَدِ، أي: فحينئذٍ يقضى له، وإلا فلا؛ وذلك لأن القضاء بالبينة الأولى كان على خصمه خاصَّة، فيجعل إقامتها في حق الثاني وجوده وعدمه بمنزلةٍ؛ لأن المقضي به الملك، وثبوت الملك بالبينة في حق شخصٍ لا يقتضي ثبوته في حق آخر، ألا ترى أن في الملك المطلق لا يصير ذو اليد مقضيًّا عليه دون غيره من الناس، فإن أعاد بينته قضى بها له تقديماً لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج، فإن لم يعد قضى بها للمدعي، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الثَّالِثَ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْقَضِيَّةِ، لأن التملك بالنتاج لا يكون استحقاقاً على أحد؛ لأنه يتبين أنه من الابتداء كان ملكاً له وهو لا يتكرر، فلمَّا لم يصر الثالث مقضيًّا عليه في تلك الحادثة يسمع بينته، والحاصل أن من صار مقضيًّا عليه في حادثة بالبينة لا يصير مقضيًّا له في تلك الحادثة كما ذكرنا من «الذخيرة» في قوله:

وفي دعوى الملك المطلق لو تفرد الخارج بإقامة البيِّنة وقضى له ثمَّ أقام صاحب اليد بينةً أنه له لا يسمع بينته؛ لأن الخارج ببينته استحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر يده، فصار ذو اليد مقضيًّا عليه فلا يسمع بينته بعد ذلك، وفي النتاج على عكس ذلك، فإن الخارج لو تفرَّد بإقامة البينة وقضى له ثم أقام صاحب اليد البيِّنة على النتاج تقبل بينته ويقضى له بالدابة؛ لما أن الخارج ببينته لم يستحق على ذي اليد شيئاً؛ وذلك لأن النتاج يدل على أولية الملك صريحاً، وبعدما ثبتَ الملك لذي اليد بسبب النتاج لا يتصور أن يصير الخارج بسبب النتاج؛ لأن النتاج مما لا يتكرر، فلا يمكننا أن نجعل ما يستحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد استحقاقاً على ذي اليد، بخلاف دعوى الملك المطلق؛ لأنه كما يحتمل أن يكون له من الأصل يحتمل أن يكون له من جهة صاحب اليد، فأمكننا أن نجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد ظاهر اليد استحقاقاً على ذي اليد، فجعلناه كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بيّنة ذي اليد، ولمَّا لم يصر ذو اليد مقضيًّا عليه في حقِّ النتاج يسمع

وَكَذَا المَقْضِيُّ عَلَيْهِ بِالمِلْكِ المُطْلَقِ إِذَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ تُقْبَلُ وَيُنْقَضُ القَضَاءُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّصِّ.

بينته بالنتاج، كما يسمع بينة أجنبيّ آخر.

ثمَّ اعلم أن الرجل إذا صار مقضيًّا عليه في الملك المطلق كما لا يسمع بينته بعد ذلك، فكذلك إذا صار مقضيًّا عليه في النتاج بعد ذلك لا يسمع بينته وإن أعاد بينته في النتاج، وأيضًا كما يشترط على ذي اليد الأول إعادة البينة فكذلك يشترط ذلك على ذي اليد الثاني عند دعوى المدعي بالنتاج، فصورة ذلك ما ذكره في «الذخيرة» فقال:

عبدٌ في يدي بخاريٍّ مثلًا أقام عليه سمرقنديٌّ البينةَ أنه عبده ولد في ملكه؛ وأقام البخاريُّ بينة بمثل ذلك، وقضى القاضي بالعبد للبخاري وأبطل بينة السمرقندي، ثم حضر خُجَنْديٌّ وأقام بينةً على البخاري أنه عبده ولد في ملكه، فإنه يستحقه ببينته، إلا أن يعيد البخاري البينة على الخجنديِّ أنه عبده ولد في ملكه، ولا يكتفي بالبينة الأولى، فإن لم يقدر البخاريُّ على إعادة البينة قضى القاضي بالعبد للخجنديِّ، ثم أحضر البخاريُّ البينةَ أن العبد عبده ولد في ملكه قضى القاضي به للبخاري، وإن لم يعد البخاري البينةَ ولكن حضر أوْشَى وأقام البينة أنه عبده ولد في ملكه، فإن القاضي يقول للخُجندي: أعد بينتك على أنه عبدك ولد في ملكك بمحضر من الأوشيِّ، فإن أحضرها كان هو أحق بالعبد من الأوشيِّ، فإن حضر السمرقنديُّ وهو المدعي الأول وأقام البينة أنه عبده ولد في ملكه لم تقبل بينته؛ لأنه قد قضى عليه به مرَّة فلا تقبل بينته على أحد بعد ذلك.

قوله: وَكَذَا المَقْضِيُّ عَلَيْهِ بِالمِلْكِ المُطْلَقِ إِذَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ تُقْبَلُ، صورته ما إذا اقامَ الخارج البينة على ذي اليد في دابة معيَّنة بالملك المطلق، وقضى القاضي بها له، ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له وينقض القضاء الأول، وهذا استحسان، وفي القياس لا يقبل بينته؛ لأنه صار مقضيًّا عليه بالملك فلا يقبل بينته إلا أن يدعي تلقى الملك من جهة المقضي له.

وجه الاستحسان أن من يقيم البينة على النتاج يثبت أولية الملك لنفسه، وأنَّ هذه

قَالَ: (وَكَذَلِكَ النَّسْجُ فِي الثِّيَابِ الَّتِي لا تُنْسَجُ إِلَّا مَرَّةً) كَغَزْلِ القُطْنِ.

العين حادثة على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره، فلم يصر ذو اليد به مقضيًّا عليه، وقد تبيَّن بإقامة البينة أنَّ القاضي أخطا في قضائه، وأن أولية الملك لذي اليد، فلهذا نقض قضاؤه، بخلاف الملك المطلق.

فإن قيل: القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه، فعند ابن أبي ليلى رحمه الله بينة الخارج أَوْلَى، فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادقته موضع الاجتهاد.

قلنا: إنَّما يكون قضاؤه عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمةً عنده وقت القضاء، فيترجح باجتهاده بينة الخارج عليها، وهذه البينة ما كانت قائمةً عنده عند قضائه، فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد، بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد، فإذا أقام حجة الدفع انتقض قضاؤه الأول، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكَذَلِكَ النَّسْجُ، أي: النسج كالنتاج في أنه لا يتكرر، وكل حكم عرفتَه في النتاج فهو في النسج كذلك، هذا إذا ادَّعى ثبوت الملك لنفسه بسبب النسج، فإن النسج سببٌ من أسباب الملك كالغزل، حتى أن من غصب غزل غيره ونسجه ملكه، كما إذا غصب قطن غيره وغزله، وكذلك شهوده أيضاً إذا شهدوا أنه له، وأمَّا إذا شهدوا أنه نسجه ولم يشهدوا أنه له لم يقض له به؛ لأنه لم يشهدوا له بالملك أيضاً، فقد ينسج الإنسان ثوب الغير بإذنه فلا يملكه، كالنساج ينسج ثياب الناس.

وكذلك لو أقام البينة في دابة أنَّها نتجت عنده، وفي أمة أنَّها ولدت عنده، فليس هذا اللفظ شهادة بالملك للمدعي، فلا يستحق به شيئاً، كذا في «المبسوط».

ثم صورة المسألة إذا ادَّعى رجل ثوباً في يد رجل أنه ملكه بأنه نسجه في ملكه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى بالثوب لصاحب اليد كما في الغزل، فإنه في الغزل كذلك، ذكره في «الذخيرة» وقال: وإذا ادَّعت امرأة غزل قطن في يد امرأة أخرى أنه ملكها غزلته، وأقامت على ذلك بينة وأقامت صاحبة اليد بينة على مثل ذلك، قضى بالغزل لصاحبة اليد.

(وَكَذَلِكَ كُلُّ سَبَبٍ فِي المِلْكِ لا يَتَكَرَّرُ)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى النِّتَاجِ كَحَلْبِ اللَّبَنِ وَاتِّخَاذِ

قوله: لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى - دعوى - **النِّتَاجِ**، بيانه أن كل واحدة منهما ادَّعت سبب الملك لنفسها في العين المدعى به وهو الغزل؛ لأن الغزل سبب الملك، فإن من غصب من آخر قطناً وغزله ملكه، وغزل القطن لا يتكرر فكان بمنزلة دعوى النتاج، فيقضى به لصاحب اليد، كما في النتاج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة، هذا احتراز من الثياب التي تنسج بعد أخرى كالخزِّ.

وقال في «المبسوط»: النسج في الثوب موجب لأولية الملك فيه، وهو ممَّا لا يتكرر كالنتاج في الدابة، إلا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد مرة، كالخزِّ ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانياً، فحينئذٍ يقضي للخارج، والحاصل أن النتاج مخصوص من القياس بالسنة، فلا يلحق به إلا ما كان في معناه من كل وجه، وأمَّا ما ليس في معناه إلا من بعض الوجوه فلا يلحق به؛ لأنه لو ألحق به كان بطريق القياس، ولا يقاس على المخصوص من القياس إلا ما كان في معناه من كل وجهٍ؛ لأن قياس الأصل يُعارضه، وكل قياسٍ لا ينفك عمَّا يعارضه فهو باطلٌ.

وإذا ثبتَ هذا فنقول: ما لا يتكرر فهو في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به، ويكون إثبات الحكم فيه بدلالة النصّ، وما يتكرّر ليس في معنى النتاج من كل وجهٍ، فيُعاد فيه إلى أصل القياس.

قوله: كَحَلْبِ اللَّبَنِ وَاتِّخَاذِ الجُبْنِ، إلى آخره، وذكر في «المبسوط»:

وهذه المسألة على خمسة أوجه:

أحدها: أن الدعوى إذا كانت في جبن فأقام الخارج وذو اليد البينة على أنه جبنه صنعه في ملكه فهو للذي في يديه؛ لأن الجبن لا يصنع إلا مرَّة فهو سبب لأوليَّة الملك بمنزلة النتاج.

والثانِي: إذا أقام كلُّ واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعى، لأن أصل المنازعة في اللبن وبينة كل واحد منهما قامت على الملك المطلق.

والثالث: أن يقيم كل واحد منهما البيّنة أنه حلب اللبن الذي صنعَ منه هذا الجبن من شاته في ملكه، فيقضى به لذي اليد؛ لأن الحلب في اللبن لا يتكرر فكان في معنى النتاج.

الجُبْنِ وَاللِّبَدِ وَالمِرْعِزَّى وَجَزِّ الصُّوفِ، وَإِنْ كَانَ يَتَكَرَّرُ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ بِمَنْزِلَةِ المِلْكِ المُطْلَقِ وَهُوَ مِثْلُ الخَزِّ وَالبِنَاءِ وَالغَرْسِ وَزِرَاعَةِ الحِنْطَةِ وَالحُبُوبِ،

والرابع: إذا أقام كل واحد منهما البينة أن الشاة التي حلبَ منها هذا اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعي؛ لأن المنازعة في ملك الشاة، وبينة كل واحد منهما قامت على الملك المطلق.

والخامس: أن يقيم كل واحدة منهما البينة أن الشاة التي حلب منها هذا اللبن الذي صنع منه هذا الجبن شاته ولدت في ملكه من شاته، فالبيّنة بينة ذي اليد؛ لأن الحجتين قامتا على النتاج في الشاة التي كانت المنازعة فيها.

المِرْعِزَّى: إذا شددت الزاي قصرت، وإذا خففت مددت، والميم والعين مكسورتان، وقد يقال: مَرعزاء بفتح الميم مخففـاً ممدودًا، وهي كالصوف تحت شعر العنز، والميم فيه زائدة؛ لأن صاحب «المعرب» ذكرها في باب الزاي مع العين من «المغرب».

وفيه أيضـاً: الخَزِّ: اسم دابة ثم سُمِّي الثوب المتخذ من وبره خزًّا، قيل هو ينسج فإذا بلي يغزل مرَّة أخرى ثم ينسج.

قولـه: وَإِنْ كَانَ يَتَكَرَّرُ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ بِمَنْزِلَةِ المِلْكِ المُطْلَقِ، والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرَّة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج، ثم يغصبه الخارج مرَّة وينفضه وينسجه مرة أخرى، فيصير ملكـاً له بهذا السبب بعدما كان ملكـاً لذي اليد، فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه، بخلاف الفصل الأول، فإن الثوب الذي لا ينسج إلا مرَّة إذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور أن يصير للخارج بنسجه، فكان في معنى دعوى النتاج.

قولـه: وَالبِنَاءِ وَالغَرْسِ وَزِرَاعَةِ الحِنْطَةِ، أمَّا في البناء بأن كانت المنازعة بينهما في دار وهي في يد أحدهما، أقام كل واحد منهما البينة أنَّها داره بناها بماله، يقضى بها للخارج؛ لأن البناء يكون مرَّة بعد مرة فلم يكن في معنى النتاج، وكذلك إذا تنازع الخارج وذو اليد في الغرس يقضى به للخارج؛ لأن الشجر تغرس غير مرَّة، فقد يغرس التالة إنسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج، وكذلك إذا كانت الدعوى في الحنطة بأن قام كل

فَإِنْ أَشْكَلَ يَرْجِعُ إِلَى أَهْلِ الخِبْرَةِ؛ لِأَنَّهُمْ أَعْرَفُ بِهِ، فَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ لِأَنَّ القَضَاءَ بِبَيِّنَتِهِ هُوَ الأَصْلُ وَالعُدُولُ عَنْهُ بِخَبَرِ النِّتَاجِ، فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ يَرْجِعُ إِلَى الأَصْلِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ المُطْلَقِ وَصَاحِبُ اليَدِ البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِنْهُ كَانَ صَاحِبُ اليَدِ أَوْلَى) لِأَنَّ الأَوَّلَ إِنْ كَانَ يَدَّعِي أَوَّلِيَّةَ المِلْكِ فَهَذَا تَلَقَّى مِنْهُ، وَفِي هَذَا لا تَنَافِي فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالمِلْكِ لَهُ ثُمَّ ادَّعَى الشِّرَاءَ مِنْهُ.

واحد منهما البينة أنَّها حنطته زرعها في أرضه قضيت بها للمدعي؛ لأن الزرع قد يكون غير مرَّة، فإن الحنطة قد تزرع في الأرض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منها ثم تزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى النتاج.

قوله: فَإِنْ أَشْكَلَ يَرْجِعُ إِلَى أَهْلِ الخِبْرَةِ، أي: إذا كان الثوب أو نحوه لا يستبين أنه ينسج مرَّة أو مرتين يسأل القاضي أهل العلم عن ذلك، يريد به العدول منهم ويبني الحكم على قولهم، والواحد منهم يكفي والاثنان أحوط، قال الله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾﴾ [النحل: ٤٣]، هذاكله من «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: فَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ، أي: على أهل الخبرة.

قوله: فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ يَرْجِعُ إِلَى الأَصْلِ - وهو القضاء للخارج - وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ البَيِّنَةَ، إلى أن قال: كَانَ صَاحِبُ اليَدِ أَوْلَى، ذكر في «الفصول»: فالحاصل أن الخارج مع ذي اليد إذا ادَّعيا ملكـًا مطلقـًا ففي كل الصور الخارج أولى، إلا أذا اقام صاحب اليد بيّنة على النتاج، وأرَّخا وتاريخ صاحب اليد أسبق، وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب يترجح بينة صاحب اليد أيضـًا، وهي فيما إذا أقام الخارج البينة على الملك، وأقام صاحب اليد البينة على أنه اشتراه من المدعي؛ لأن المدعي إن كان أثبت أَوَّلِيَّةَ المِلْكِ فَهَذَا تَلَقَّى مِنْهُ، فحصل من هذا أن بيّنة ذي اليد تترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلاث التي ذكرناها.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِنَ الآخَرِ وَلا تَارِيخَ مَعَهُمَا تَهَاتَرَتِ البَيِّنَتَانِ وَتُتْرَكُ الدَّارُ فِي يَدِ ذِي اليَدِ) قَالَ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَقْضِي بِالبَيِّنَتَيْنِ وَيَكُونُ لِلْخَارِجِ لِأَنَّ العَمَلَ بِهِمَا مُمْكِنٌ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى ذُو اليَدِ مِنَ الآخَرِ وَقَبَضَ ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ لِأَنَّ القَبْضَ دَلالَةُ السَّبْقِ عَلَى مَا مَرَّ،

قوله: وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا - أي: من الخارج وصاحب اليد - البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِنَ الآخَرِ، أي: قال الخارج: اشتريتُ من ذي اليد هذا، وقال ذو اليد: اشتريتُ من الخارج هذا، وذكر صورة هذه المسألة في باب الشهادة في البيع والشراء من شهادات «المبسوط» فقال: دار في يدي رجل فأقام رجل البينة أنه اشتراها من ذي اليد، وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراها من المدّعي، ولا يدرى أيّ ذلك أول، فإنه يقضى بها لذي اليد وتبطل البينتان جميعاً؛ لأن كل واحد منهما أثبتَ إقرار صاحبه بالملك له، فكل مشتر مقرٌّ بالملك لبائعه، وكل بائع مقرٌّ بوقوع الملك للمشتري، فيجعل هذا بمنزلة إقامة كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بالملك له، وهاهنا تهاترت البينتان كما لو سمعنا الإقرار منهما معاً.

وذكر في «الجامع» أن هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وأمّا عند محمد رحمه الله فيقضى بالبينتين جميعاً، فيجعل كأن ذا اليد اشتراها أوّلاً وقبضها ثم باعها، فيؤمر بتسليمها إلى الخارج؛ لأن القضاء بالعقدين ممكنٌ بهذا الطريق، ثم وضع هذه المسألة في الكتاب، وفي «المبسوط» بين الخارج وذي اليد كما ترى.

وذكر في «الذخيرة»: سواءٌ كان المبيع في يد أحدهما أو في يد ثالث والثالث يجحد، وسواء شهد الشهود بالشراء والقبض، أو شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض، وسواء كان الثمنان على السواء، أو كان أحدهما أنقص من الآخر، إلا أن المبيع إذا كان في يد أحد المتداعيين، فإنه يترك في يده قضاء ترك على الروايات كلها، وإذا كان في يد ثالث ذكر في بيوع «الجامع» في الباب القصير أنه يقضى بالعين المدعى بين المدعيين نصفين إن كان لا يقضي بالعقدين، وذكر في الباب الطويل أنه في يد الثالث قضاء ترك.

وَلا يَعْكِسُ الأَمْرَ لِأَنَّ البَيْعَ قَبْلَ القَبْضِ لا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ فِي العَقَارِ عِنْدَهُ. وَلَهُمَا أَنَّ الإِقْدَامَ عَلَى الشِّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالمِلْكِ لِلْبَائِعِ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا قَامَتَا عَلَى الإِقْرَارَيْنِ وَفِيهِ التَّهَاتُرُ بِالإِجْمَاعِ، كَذَا هَاهُنَا، وَلِأَنَّ السَّبَبَ يُرَادُ لِحُكْمِهِ وَهُوَ المِلْكُ وَلا يُمْكِنُ القَضَاءُ لِذِي اليَدِ إِلَّا بِمِلْكٍ مُسْتَحَقٍّ فَبَقِيَ القَضَاءُ لَهُ بِمُجَرَّدِ السَّبَبِ وَأَنَّهُ لا يُفِيدُهُ. ثُمَّ لَوْ شَهِدَتِ البَيِّنَتَانِ عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ فَالأَلْفُ بِالأَلْفِ قِصَاصٌ عِنْدَهُمَا إِذَا اسْتَوَيَا لِوُجُودِ قَبْضٍ مَضْمُونٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ فَالقِصَاصُ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ لِلْوُجُوبِ عِنْدَهُ.

وَلَوْ شَهِدَ الفَرِيقَانِ بِالبَيْعِ وَالقَبْضِ تَهَاتَرَتَا بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ الجَمْعَ غَيْرُ مُمْكِنٍ عِنْدَ

قوله: وَلا يَعْكِسُ الأَمْرَ، أي: ولا يجعل كأن الخارج اشترى ذلك العين من ذي اليد أوَّلًا ثم باعه من ذي اليد؛ لأن في ذلك يلزم البيع قبل القبض وذلك لايجوز؛ ولأن قبض ذي اليد صادر عن عقده الذي أثبته بالبينة، فذلك دليل سبق عقده، هذا إذا لم يشهد الشهود بالقبض، وأمَّا إذا شهد الشهود بالقبض يجعل عقد الخارج سابقًا على ما ذكر بعد هذا في الكتاب **بقوله:** وَلَوْ شَهِدَ الفَرِيقَانِ بِالبَيْعِ وَالقَبْضِ تَهَاتَرَتَا بِالإِجْمَاعِ؛ ولأن السبب للشراء يراد لحكمه وهو الملك، ولا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق، يعني لو قضينا ببينة صاحب اليد كان هذا قضاء بالعقد ليزول ملكه إلى غيره، والسبب لا يراد لنفسه وإنما يراد لحكمه، فإذا لم يقع الحكم له في المال لم يكن السبب معتبَرًا، كذا في «الإيضاح».

قوله: فَالقِصَاصُ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لِلْوُجُوبِ عِنْدَهُ - فإنَّ البيعين لمَّا ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبًا للثمن على مشتريه، فيتقاص الوجوب بالوجوب - وَلَوْ شَهِدَ الفَرِيقَانِ، أي: فريقا شهود الخارج وذي اليد.

قوله: تَهَاتَرَتَا بِالإِجْمَاعِ، لكن على اختلاف التخريج، فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل

مُحَمَّدٍ لِجَوَازِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَيْعَيْنِ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ.

هذا البيع إقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه، وفي مثل هذا الإقرار تَهاتر الشهود فكذلك هاهنا، وعند محمد رحمه الله باعتبار أنَّ بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض، وليس في البيعين ذكر التاريخ ولا دلالة التاريخ حتى يجعل أحدهما سابقًا والآخر لاحقًا، بخلاف ما إذا لم يذكر القبض حيث يجعل شراء صاحب اليد سابقًا وبيعه لاحقًا لدلالة التاريخ عليه وهيَ القبض؛ إذ لو جعلنا بيع الخارج لاحقًا يلزم البيع قبل القبض على ما ذكرنا.

وأمَّا هاهنا لمَّا أثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزًا، وليس أحدهما بأوْلَى من الآخر في القبول فتساقطا للتعارض، فتبقى العين على يد صاحب اليد كما كان؛ لأن شهادة الفريقين لمَّا تساقطت بالتعارض صار كأنَّهما لم يشهدا وهو معنى **قوله: لِأَنَّ الْجَمْعَ غَيْرُ مُمْكِنٍ**، أي: لمَّا لم يكن دلالة على سبق بيع أحدهما على الآخر، لجواز بيع كل واحدٍ منهما لوجود البيع بعد القبض لم يمكن العمل بشهادة الفريقين، لتعارض شهادة كل واحدٍ منهما بالآخر سقطت شهادتهما، فكانت شهادتهما بمنزلة تعارض النصَّين، بحيث لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين يسقط العمل بهما، فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة لما عُرف، وهاهُنا أيضًا لمَّا سقطت شهادتهما بالتعارض بقي العين في يد صاحب اليد كما كان، فكان المراد من الجمع المذكور في **قوله: لِأَنَّ الْجَمْعَ غَيْرُ مُمْكِنٍ**، العمل به على وجه يندفع التعارض، كما هو المعروف في حقِّ النصين المتعارضين، الأصل هو الجمع ثمَّ الترجيح ثمَّ التهاتر.

وحاصل قول محمد رحمه الله ما ذكره في «المبسوط»: هو أنَّ الشهود إذا لم يشهدوا بالقبض يجعل شراء ذي اليد سابقًا وبيعه متأخرًا، فيؤمر بتسليمه إلى الخارج، وإن شهدوا بالقبض يجعل شراء الخارج سابقًا وبيعه متأخرًا؛ لأن قبضه منقض عيانًا، وانقضاء قبضه دليل على سبق عقده، وقيام قبض الآخر دليل تأخر عقده؛ ولأنا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقًا كان قبضه غصبًا حرامًا، ولو جعلنا عقده متأخرًا كان يحق، فلهذا أثبتنا التاريخ بين العقدين بِهذه الصفة، وأمَّا عندهما فتهاتر الشهادتين في الصورتين جميعًا.

وذكر في «الذخيرة»: فأمَّا إذا شهدوا بالعقد والقبض، فإنما يجعل القبض المعاين آخر

وَإِنْ وُقِّتَتِ البَيِّنَتَانِ فِي العَقَارِ وَلَمْ تُثْبِتَا قَبْضًا وَوَقْتُ الخَارِجِ أَسْبَقُ يُقْضَى لِصَاحِبِ اليَدِ عِنْدَهُمَا فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الخَارِجَ اشْتَرَى أَوَّلًا ثُمَّ بَاعَ قَبْلَ القَبْضِ مِنْ صَاحِبِ اليَدِ، وَهُوَ جَائِزٌ فِي العَقَارِ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَقْضِي لِلْخَارِجِ؛ لِأَنَّهُ لا يَصِحُّ لَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ القَبْضِ فَبَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِنْ أَثْبَتَا قَبْضًا يَقْضِي لِصَاحِبِ اليَدِ؛ لِأَنَّ البَيْعَيْنِ جَائِزَانِ

القبضين؛ لأن الأصل أن القبض إذا ثبتَ عقيب عقد يحال به على ذلك العقد؛ لأنه ظهرَ سببه والحكم متى ثبتَ عقيب سبب فإنما يُحال به على ما ظهر من السبب لا على غيره.

ولأن أيّ الشراءين قدمناه في هذه الصورة يصح العقدان، فيقدم شراء الخارج حتى لا يحتاج إلى نقض القبض المعاين بالشك.

قوله: وَإِنْ وُقِّتَتِ البَيِّنَتَانِ فِي العَقَارِ، قيَّد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر، وحاصله ما ذكره في «المبسوط» بقوله: فإن وُقِّت الشهود وقتين فهو على وجهين:

(١) إمَّا أن يكون وقت الخارج سابقاً (٢) أو وقت ذي اليد، وكل وجه على وجهين:

(١) إمَّا أن يشهد الشهود بالقبض (٢) أو لم يشهدوا به.

فإن كان وقت الخارج سابقاً فإن لم يشهد الشهود بالقبض قضى بها لذي اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن شراءه ثبتَ سابقاً ثمَّ اشتراه منه ذو اليد قبل التسليم، وبيع العقار عندهما قبل القبض جائز.

وعند محمد رحمه الله يقضى بهذا للخارج؛ لأنه لا يجوز بيع العقار قبل القبض، وإن شهد الشهود بالقبض يقضى بها لذي اليد عندهم جميعاً؛ لأن الخارج باعَها من بائعه بعدما قبضها وذلك صحيح، فإن كان وقت ذي اليد سابقاً يقضى بِها للخارج، سواءٌ شهد الشهود بالقبض أو لم يشهدوا، أمَّا إذا شهدوا بالقبض فلا إشكالَ فيه، وكذلك إن لم يشهدوا به؛ لأن ذا اليد قابض وقد أثبت شراءه سابقاً فيجعل قبضه صادرًا عن عقده، ثم الخارج إنَّما اشتراها منه بعد قبضه فيُؤمر بتسليمها إليه.

قوله: وَإِنْ أَثْبَتَا قَبْضًا يَقْضِي لِصَاحِبِ اليَدِ، أي: بالإجماع؛ لأنه يجعل أن الخارج

عَلَى القَوْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَ وَقْتُ صَاحِبِ اليَدِ أَسْبَقَ يُقْضَى لِلْخَارِجِ فِي الوَجْهَيْنِ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا ذُو اليَدِ وَقَبَضَ ثُمَّ بَاعَ وَلَمْ يُسَلِّمْ أَوْ سَلَّمَ ثُمَّ وَصَلَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ آخَرَ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُ المُدَّعِيَيْنِ شَاهِدَيْنِ وَالآخَرُ أَرْبَعَةً فَهُمَا سَوَاءٌ) لِأَنَّ شَهَادَةَ كُلِّ الشَّاهِدِينَ عِلَّةٌ تَامَّةٌ كَمَا فِي حَالَةِ الِانْفِرَادِ، وَالتَّرْجِيحُ لا يَقَعُ بِكَثْرَةِ العِلَلِ بَلْ بِقُوَّةٍ فِيهَا عَلَى مَا عُرِفَ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ فِي يَدِ رَجُلٍ ادَّعَاهَا اثْنَانِ أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا وَالآخَرُ نِصْفَهَا وَأَقَامَا البَيِّنَةَ فَلِصَاحِبِ الجَمِيعِ ثَلاثَةُ أَرْبَاعِهَا وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبُعُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) اعْتِبَارًا بِطَرِيقِ المُنَازَعَةِ، فَإِنَّ صَاحِبَ النِّصْفِ لا يُنَازِعُ الآخَرَ فِي النِّصْفِ فَسَلَّمَ لَهُ بِلا مُنَازِعٍ وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَتُهُمَا فِي النِّصْفِ الآخَرِ فَيُنَصَّفُ بَيْنَهُمَا

باعها من بائعه بعدما قبضها، وذلك جائز بالاتفاق.

قوله: يُقْضَى لِلْخَارِجِ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: سواءٌ شهد الشهود بالقبض أو لم يشهدوا به فهما سواءٌ، وعند الأوزاعي رحمه الله إذا كانت الدعوى في عين كل واحد من المدعيين يدعي كله يقضى لأكثرهما عددًا في الشهود، ذكره في باب الدعوى في الميراث من دعوى «المبسوط».

قوله: وَالتَّرْجِيحُ لا يَقَعُ بِكَثْرَةِ العِلَلِ بَلْ بِقُوَّةٍ فِيهَا، ألا ترى أن الخبر لا يترجح بخبر آخر يُروى، ولا الآية بآيةٍ أخرى؛ لأن كل واحد منهما علة بنفسه، أمَّا إذا كانت إحدى الآيتين تحتمل التأويل والأخرى لا تحتمل فكان غير المحتمل أَوْلَى؛ لأنه لمَّا لم يحتمل التأويل كان مفسرًا، وكونه مفسرًا وصف فيه، والمفسر راجح على النص والظاهر، وكذلك الشهادتان إذا تعارضتا وإحداهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادلة بالعدالة؛ لأنَّها صفة الشهادة ولا يترجح بزيادة عدد الشهود؛ لأنَّها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل مثلها، وشهادة

(وَقَالَا: هِيَ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا) فَاعْتَبَرَا طَرِيقَ العَوْلِ وَالمُضَارَبَةِ، فَصَاحِبُ الجَمِيعِ يَضْرِبُ بِكُلِّ حَقِّهِ سَهْمَيْنِ وَصَاحِبُ النِّصْفِ بِسَهْمٍ وَاحِدٍ فَتُقَسَّمُ أَثْلَاثًا، وَلِهَذِهِ المَسْأَلَةِ نَظَائِرُ وَأَضْدَادٌ لا يَحْتَمِلُهَا هَذَا المُخْتَصَرُ وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الزِّيَادَاتِ.

كل عدد ركن مثل شهادة الآخر، لا أن يكون بعضها صفة للبعض، إلى هذا أشار في «التقويم».

قوله: فَصَاحِبُ الجَمِيعِ يَضْرِبُ بِكُلِّ حَقِّهِ سَهْمَيْنِ، أي: يأخذ بحسب كل حقه سهمين، وفي «المغرب»: وقال الفقهاء: فلان يضرب فيه بالثلث، أي: يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من الثلث.

قوله: وَلِهَذِهِ المَسْأَلَةِ نَظَائِرُ وَأَضْدَادٌ، فمن نظائرها: الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة، والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك العين إذا لم يكن للميت مال سواه.

ومن أضدادها: العبد المأذون له المشترك إذا أدانه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول أثلاثـًا، وعندهما بطريق المنازعة أرباعـًا.

وكذلك المدبر إذا قتل رجلًا خطأً وفقأ عين آخر وغرم المولى قيمته لهما، وكذلك العبد إذا قتل رجلًا عمدًا وآخر خطأً وللمقتول عمدًا اثنان فعفا أحدهما ثم دفع العبد بالجنايتين.

وممَّا اتفقوا على أن القسمة فيها بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء، إذا ضاقت التَّركة عن إيفاء حقهم والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس إذا لم يجز الورثة، وما اتفقوا على أن القسمة فيه بطريق المنازعة فضولي باع عبدَ رجل بغير أمره، وباع فضولي آخر نصفه، وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشترين بطريق المنازعة أرباعـًا، فأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت لسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول، كالتَّركة بين الورثة، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين في الأصل

قَالَ: (وَلَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا سَلِمَ لِصَاحِبِ الجَمِيعِ نِصْفُهَا عَلَى وَجْهِ القَضَاءِ وَنِصْفُهَا لا عَلَى وَجْهِ القَضَاءِ) لِأَنَّهُ خَارِجٌ فِي النِّصْفِ فَيَقْضِي بِبَيِّنَتِهِ، وَالنِّصْفُ الَّذِي فِي يَدَيْهِ صَاحِبُهُ لا يَدَّعِيهِ لِأَنَّ مُدَّعَاهُ النِّصْفُ وَهُوَ فِي يَدِهِ سَالِمٌ لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَيْهِ دَعْوَاهُ كَانَ ظَالِمًا بِإِمْسَاكِهِ وَلا قَضَاءَ بِدُونِ الدَّعْوَى فَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ.

فالقسمة على طريق المنازعة، كما في بيع الفضولي، فإن حقَّ كل واحد من المشتريين كان في الثمن يجعل بالشراء إلى المبيع، وفي مسألة الدعوى حق كل واحد من المدعيين في العين، فكانت القسمة على طريق العول بمعنى أنَّ حق كل واحد منهما شائع في العين، فما من جزءٍ إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول.

والأصل عند أبي حنيفة رضي الله عنه أن كل واحد منهما إذا كان يُدلى بسبب صحيح معلوم، فالقسمة على طريق العول كالورثة في التركة، وإذا كان يدلى بسبب صحيح ثابت فالقسمة على طريق المنازعة، وما لا منازعةَ فيه لصاحب القليل يسلم لصاحب الكثير كما في بيع الفضوليين، فإنَّ بيع كل واحد منهما غير صحيح قبل إجازة المالك؛ وهذا لأنَّ المضاربة إنَّما يُصار إليها عند الضرورة، وذلك عند قوة السبب واستواء السببين في صفة الصحة، وفي مسألة الدعوى بسبب استحقاق كل واحد منهما الشهادةَ، وهي لا توجب شيئـًا قبل اتصال القضاء بِها، فلم يكن كل واحد من السببين معلوم الصحة، فلهذا كانت القسمة على طريق المنازعة، وما قالاه يبطل بحق الغرماء في التركة، فإن قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة ومع ذلك كانت القسمة عولية، كذا في «المبسوط».

ثمَّ إنما وضع المسألة في دعوى الخارجين؛ لأنه لو كانت الدار في أيديهما، وهي المسألة الثانية ودعواهما هكذا، وأقاما البينة فالدار كلها لمدعي الجميع، فوجه ذلك هو أن دعوى كل واحدٍ منهما منصرفة إلى ما في يده أوَّلًا؛ لتكون يده يدًا محقة في حقه؛ وهذا لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجبٌ، فصاحبُ النصف لا يدعي شيئـًا ممَّا في يد صاحب الجميع، وصاحب الجميع يدعي شيئـًا ممَّا في يد صاحب النصف فعليه إثباته بالبينة، وإن أقاما البينة فالدار كلها لصاحب الجميع؛ لأنه اجتمع بينة الخارج وبينة ذي اليد فيما في يد

قَالَ: (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا نَتَجَتْ عِنْدَهُ، وَذَكَرَا تَارِيخًا وَسِنُّ الدَّابَّةِ يُوَافِقُ أَحَدَ التَّارِيخَيْنِ فَهُوَ أَوْلَى) لِأَنَّ الحَالَ يَشْهَدُ لَهُ فَيَتَرَجَّحُ (وَإِنْ أَشْكَلَ ذَلِكَ كَانَتْ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ سَقَطَ التَّوْقِيتُ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا. وَإِنْ خَالَفَ سِنُّ الدَّابَّةِ الوَقْتَيْنِ بَطَلَتِ البَيِّنَتَانِ، كَذَا ذَكَرَهُ الحَاكِمُ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُ الفَرِيقَيْنِ فَيُتْرَكُ فِي يَدِ مَنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ.

صاحب النصف، فبينة الخارج أوْلَى بالقبول.

قوله: وَإِنْ أَشْكَلَ ذَلِكَ كَانَتْ بَيْنَهُمَا، هذا الذي ذكره من الجواب في الخارجين، أمَّا إذا كانت الدعوى بين الخارج وذي اليد في النتاج وأقاما البينة، ووقت البينتان في الدابة وقتين، فإن كانت الدابة على وقت بينة المدَّعي قضيت بها له؛ لأن علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده، وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد.

وأمَّا إذا كانت البينة على وقت بينة ذي اليد، أو كانت مشكلة قضيت بِها لذي اليد، إمَّا لظهور علامة الصِّدق في شهوده، أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة، كذا في «المبسوط»، ولم يذكر فيه ما إذا كانت سن الدابة بين الوقتين اللذين ذكرهما بينتا الخارج وذي اليد، وذكر في «الذخيرة»: في ذلك عامَّة المشايخ على أنَّه تهاتر البينتان وتترك الدابة في يد صاحب اليد.

قوله: وَإِنْ خَالَفَ سِنُّ الدَّابَّةِ الوَقْتَيْنِ - أي: في دعوى الخارجين - بَطَلَتِ البَيِّنَتَانِ، كَذَا ذَكَرَهُ الحَاكِمُ رَحِمَهُ اللهُ، هكذا ذكر الجواب في «الإيضاح».

وذكر في «المبسوط»: من مشايخنا من أجابَ بِهذا أنه إذا كان سنُّها على غير الوقتين يعلم ذلك يبطل البينتان.

ثم قال: والأصح ما قاله محمد رحمه الله من الجواب، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين، يعني فيما إذا كانت سن الدابة مشكلةً، وفيما إذا كانت على غير الوقتين في دعوى

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ فِي يَدِ رَجُلٍ أَقَامَ رَجُلَانِ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَحَدُهُمَا بِغَصْبٍ وَالْآخَرُ بِوَدِيعَةٍ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ.

الخارجين، أمَّا إذا كانت مشكلةً فلا شكَّ فيه، وكذلك إن كانت على غير الوقتين؛ لأن اعتبار ذكر الوقت لحقِّهما، وفي هذا الموضع في اعتباره إبطال حقِّهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت أصلًا وينظر إلى مقصودهما، وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك، فوجبَ القضاء به بينهما نصفين؛ وهذا لأنا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان، وهي في يد ذي اليد، وقد اتَّفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد، فكيف يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق عليه.

قوله: فَهُوَ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا؛ لأن المودع لما جحد الوديعةَ صار كالغاصب، والله أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي التَّنَازُعِ بِالأَيْدِي)

قَالَ: (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا فَالرَّاكِبُ أَوْلَى)؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ أَظْهَرُ فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالمِلْكِ (وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا رَاكِبًا فِي السَّرْجِ وَالآخَرُ رَدِيفُهُ فَالرَّاكِبُ أَوْلَى) بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا رَاكِبَيْنِ حَيْثُ تَكُونُ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي التَّصَرُّفِ (وَكَذَا إِذَا تَنَازَعَا فِي بَعِيرٍ وَعَلَيْهِ حِمْلٌ لِأَحَدِهِمَا فَصَاحِبُ الحِمْلِ أَوْلَى) لِأَنَّهُ هُوَ المُتَصَرِّفُ (وَكَذَا إِذَا تَنَازَعَا فِي قَمِيصٍ أَحَدُهُمَا لَابِسُهُ وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِكُمِّهِ فَاللَّابِسُ أَوْلَى)؛ لِأَنَّهُ أَظْهَرُهُمَا تَصَرُّفًا.

فصل في التنازع بالأيدي

لمَّا ذكر إثبات الملك لنفسه بالبينة وهو الأقوى، ذكر في هذا الفصل إثبات الملك بسبب التصرف باليد؛ لأن هذا أضعف؛ لما أنَّهما إذا تعارضا كان الاعتبار للبينة لا لليد، فإن الخارج وذا اليد إذا ادعيا الملك لنفسهما في العين، وأقاما البينة على ما ادعياه فالاعتبار لبينة الخارج لا لذي اليد كما مرَّ.

قوله: فَالرَّاكِبُ أَوْلَى؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ أَظْهَرُ، وأمَّا إذا كان أحدهما ممسكًا بلجام الدابة والآخر متعلق بذنبها، قال مشايخنا: ينبغي أن يقضى للذي هو ممسك بلجامها؛ لأنه لا يتعلق باللجام غالبًا إلا المالك، أما الذنب فإنه كما يتعلق به المالك يتعلق به غير المالك، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَاللَّابِسُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ أَظْهَرُهُمَا تَصَرُّفًا، ولهذا يصير به غاصبًا كما في «الإيضاح».

(وَلَوْ تَنَازَعَا فِي بِسَاطٍ أَحَدُهُمَا جَالِسٌ عَلَيْهِ وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) مَعْنَاهُ لا عَلَى طَرِيقِ القَضَاءِ؛ لِأَنَّ القُعُودَ لَيْسَ بِيَدٍ عَلَيْهِ فَاسْتَوَيَا.

قوله: وَلَوْ تَنَازَعَا فِي بِسَاطٍ أَحَدُهُمَا جَالِسٌ عَلَيْهِ وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا، وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما.

قوله: لِأَنَّ القُعُودَ لَيْسَ بِيَدٍ عَلَيْهِ؛ لأن اليد على البساط لا تثبت إلا بأحد الطريقين: إما بإثبات اليد عليه حسًّا بالنقل والتحويل، وإمَّا بكونه في يده حكماً بأن كان في بيته، ولم يوجد شيء من ذلك في البساط، فإنَّا نراه موضوعًا على قارعة الطريق، ولما علم أنه ليس في يد غيرهما ولا في يدهما، وهما يدعيان يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى.

فإن قلتَ: فلما لم تثبت اليد على البساط بالتعلق وبالقعود، وجبَ أن لا يقضي القاضي بينهما نصفين كما في الدار، فإن الرجلين لو كانا قاعدين في الدار وكل واحد منهما يدَّعيها لنفسه فإنه لا يقضي بينهما، وعلَّل فيه بقوله: لأن بالقعود في الدار لا تثبت اليد عليها كما في البساط، ثم قضى القاضي بينهما في البساط ولا يقضي في الدار، مع أن كل واحد منهما لا يثبت اليد بذلك التصرف فما الفرق بينهما؟

قلتُ: أما وجه القضاء في البساط عند دعواهما له بهذا الطريق فقد بيَّناه، وهو أن البساط إن لم يكن في أيديهما بقعودهما عليه أو بتعلق أحدهما به، ولكن علم القاضي حسًّا وعياناً أنه ليس في يد غيرهما أيضاً، فكان بمنزلة عين ملقَّاةٍ في الطريق يدَّعيها اثنان، ولا يدعيها غيرهما قضى القاضي بينهما؛ لانعدام مدَّعٍ غيرهما عيانًا باليد أو بالملك، وأمَّا في الدار إن علم القاضي أنها ليست في أيديهما بجلوسهما فيها، ولكن لم يعلم أنها ليست في يد غيرهما؛ لأن اليد على الدار إنما تثبت بالسكنى فيها أو بالاختطاط له، والقاضي إن علم أنه ليس أحد في الدار ساكن، لكن لم يعلم زوال ثبوت يد الاختطاط عنها؛ لأن الدار بعد أن كانت في مكانها الذي ثبتت يد المختطِّ فيه عليها لم يتحول عن ذلك إلى مكان آخر، فكانت يد المختط لها ثابتة على الدار حكماً إلا أنه جهل صاحب اليد، وجهالة صاحب اليد لا تجوِّز القضاء لغيره؛ لما أن القاضي إنَّما يقضي بما وقع فيه الدعوى بين المتداعيين بحكم الدعوى إذا علِم أن

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ ثَوْبٌ فِي يَدِ رَجُلٍ وَطَرَفٌ مِنْهُ فِي يَدِ آخَرَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ)؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِنْ جِنْسِ الحُجَّةِ فَلَا تُوجِبُ زِيَادَةً فِي الِاسْتِحْقَاقِ.

المدعى به ليس في يد غيرهما، ولم يثبت هذا العلم في العقار وثبتَ في المنقول، وعن هذا افترق الحكم بينهما، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: وَإِذَا كَانَ ثَوْبٌ فِي يَدِ رَجُلٍ وَطَرَفٌ مِنْهُ فِي يَدِ آخَرَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وهذا يدل على أن جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى أنه له، كان القول قوله، لكن هذا إذا عُرف أن مثل هذا الثوب كان له في العادة، وإلا فلا؛ لأنه ذكر في «المحيط» و«الذخيرة»: لو خرج رجل من دار رجل وعلى عاتقه متاع، فإن كان هذا الرجل الذي على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له، وإن لم يُعرف بذلك فهو لرب الدار.

وفي «القدوري»: لو أن خياطاً يخيط ثوباً في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار. وفي «نوادر ابن سماعة»: عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل دخل دار رجل فوجد معه مالاً فقال ربّ الدار: هذا مالي أخذته من منزلي، قال أبو حنيفة رحمه الله: القول قول رب الدار، ولا يصدق الداخل في شيء ماخلا ثيابه التي عليه إن كانت الثياب ممَّا يلبسه، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الداخل رجلًا يعرف بصناعة شيء من الأشياء، بأن كان حمالًا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زِقّ زيت، أو كان ممَّن يبيع ويطوف بالمتاع في الأسواق، فالقول قوله، ولا أصدّق قولَ رب الدار عليه، وأثبت في هذه المسائل أنَّ صاحب اليد إنما تعتبر يده وإن كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك الشيء له عادة، وإلا فلا.

قوله: لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِنْ جِنْسِ الحُجَّةِ؛ لأن كل واحد منهما مستمسك باليد، إلا أن أحدهما أكثر استمساكاً فلا يوجب ذلك الرجحان، كما لو تنازعا في دابة ولأحدهما عليه خمسون منًّا وللآخر مائة منٍّ كانت بينهما نصفين، ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة، وكما لو أقام أحدهما الاثنين من البيّنات والآخر الأربعة، وهذا احتِراز عمَّا ذكر قبله **بقوله:** وَكَذَا إِذَا تَنَازَعَا فِي قَمِيصٍ أَحَدُهُمَا لَابِسُهُ وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِكُمِّهِ فَاللَّابِسُ أَوْلَى؛ لأن اللبس تصرف آخر سوى التصرف باليد، فيثبت به الرجحان للتصرف باليد كما يثبت الرجحان لإحدى البينتين

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ صَبِيٌّ فِي يَدِ رَجُلٍ وَهُوَ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ)؛

عند دعوى النتاج باليد.

فإن قلتَ: يشكل على هذا أعنِي ما ذكره في الكتاب من مسألة الحائط **بقوله**: لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِنْ جِنْسِ الحُجَّةِ فَلَا تُوجِبُ زِيَادَةً فِي الِاسْتِحْقَاقِ، ما ذكره بُعيد هذا في الكتاب من مسألة الحائط **بقوله**: وَإِنْ كَانَ جُذُوعُ أَحَدِهِمَا أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَالْآخَرُ ثَلَاثَةً فَهُوَ لِصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ، حيث جعل الزيادة التي هي من جنس الحجة موجبة للترجيح؛ لأن الشاهد من الطرفين للملك وضع الجذوع، والجذع من جنس الجذوع، ومع ذلك رجح صاحب الجذوع الثلاثة على صاحب جذع واحد بالكثرة.

قلتُ: جوابه أيضاً بُعيد هذا وهو في تلك المسألة: وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ رَجُلٍ، إلى آخره.

وإذا اختصم رجلان في عبدٍ كلُّ واحد منهما يقول: هو عبدي، وهو في أيديهما فإن كان العبد صغيرًا لا يعبر عن نفسه، فالقاضي لا يقضي لواحد منهما بالملك ما لم تقم البينة، ولكن يجعله في أيديهما؛ وهذا لأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه والبهيمة سواء، ولو كانت في أيديهما بهيمة وكل واحد منهما يدعي أنها له فالقاضي لا يقضي لواحد منهما بالملك؛ لأنه لم يعرف الملك فيها لواحد منهما، وما لم يعرف القاضي لا يقضي به إلا ببينة، ولكنه يجعله في أيديهما؛ لأنه عرف بينهما عليه كذا هاهنا، وإن كان الغلام كبيرًا يتكلم أو صغيرًا يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، ولا يقضي لهما بشيء لا بالملك ولا باليد ما لم يقيما البينة على ذلك، ولو قال: أنا عبد أحدهما، لم يصدّق وهو عبدهما؛ لأنه لما أقرَّ بالرقِّ فقد ثبتَ يدهما عليه حقيقةً وحكماً؛ لأن يد الحر تثبت على الرقيق، ثم هو بقوله: أنا عبد أحدهما، يريد إبطال اليد الثابتة عليه لأحدهما حقيقةً وحكماً، فلا يقدر عليه، بخلاف ما إذا قال: أنا حرّ الأصل؛ لأنه أنكر ثبوت اليد على نفسه، واليد لا تثبت للحرّ على الحرّ فكان القول قوله، وكذلك إذا كان العبد في يدي رجل وأقرَّ أنه لآخر لم يصدَّق، والقول قول صاحب اليد.

ثم شرط في الكتاب أن يكون الغلام كبيرًا يتكلم، وربما يقول في بعض النسخ: إذا كان يعبر عن نفسه، وإنما الشرط أن يتكلم ويعقل ما يقول، فإن كان بهذه الصفة يُرجع إلى قوله،

لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ (وَلَوْ قَالَ أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لا يَدَ لَهُ حَيْثُ أَقَرَّ بِالرِّقِّ (وَإِنْ كَانَ لا يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ لا يَدَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ لَمَّا كَانَ لا يُعَبِّرُ عَنْهَا وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ المَتَاعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُعَبِّرُ، فَلَوْ كَبِرَ وَادَّعَى الحُرِّيَّةَ لا يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الرِّقُّ عَلَيْهِ فِي حَالِ صِغَرِهِ.

كذا في «الذخيرة».

قولـه: أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لا يَدَ لَهُ حَيْثُ أَقَرَّ بِالرِّقِّ، فإن قلتَ: الإقرار بالرقِّ من المضار فكيف صح ذلك الإقرار من الصبي، والأقوال الموجبة للضرر غير ثابتة في حق الصبي وإن كان عاقلًا كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين، وكذلك أفعاله حتى أن فعله لم يقع موجبًا للقصاص والحدود، فإن الصبي أبدًا يبعد من المضار ويقرب من المبار، فكيف صحَّ هذا الإقرار هاهنا من الصبي وهو من المضار؟

قلتُ: ثبوت الرقِّ هنا ليس بعبارة الصبي بل بدعوى ذي اليد؛ لأن عند معارضته إيَّاه بدعوى الحريَّة لا تتقرر يده عليه، أي: يد صاحب اليد على الصبي، وعند عدم المعارضة يتقرَّر يده عليه فيكون القول قوله في رقه بمنزلة الصبي الذي لا يعقل إذا كان في يده؛ ولأن الإقرار بالرقِّ ممَّا في مقدور المقر تداركه؛ لأن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى، بخلاف الإقرار بالدين؛ لأنه ليسَ في مقدور المقر تداركه وتلافيه؛ لأن التناقض فيه يمنع صحة الدعوى، وكذلك في الطلاق والعتاق.

قولـه: وَإِنْ كَانَ لا يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه؟ فإن الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدَّق وهناك يصدَّق.

قلتُ: الفرق هو أن صاحب اليد إنما يصدَّق في دعوى الرقِّ باعتبار يده، ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجهٍ دون وجهٍ؛ لأنها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكمـًا؛ لأن الملتقِط أمين في اللقيط، ويد الأمين في الحكم يد غيره، فإذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الحَائِطُ لِرَجُلٍ عَلَيْهِ جُذُوعٌ أَوْ مُتَّصِلٌ بِبِنَائِهِ وَلِآخَرَ عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ فَهُوَ لِصَاحِبِ الجُذُوعِ وَالِاتِّصَالِ، وَالهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ)؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الجُذُوعِ صَاحِبُ اسْتِعْمَالٍ وَالآخَرُ صَاحِبُ تَعَلُّقٍ فَصَارَ كَدَابَّةٍ تَنَازَعَا فِيهَا وَلِأَحَدِهِمَا حِمْلٌ

الدعوى مع الشك، ومتى لم يعرف له لقيط فيد ذي اليد عليه ثابتة من كل وجهٍ؛ لأنها ثابتة حقيقة وحكماً؛ لأن يده عليه ليست يد غيره فتصح الدعوى.

فإن قيل: وجب أن لا يصدق في دعوى الرقِّ؛ لأن الحرية ثابتة بالأصل؛ لأن الناس بأسرهم أحرار في الأصل؛ لأنَّهم أولاد آدم وحواء، وهما كانا حرَّين فكان ما يدعيه من الرق أمرًا عارضاً فلا يقبل قوله إلا بحجة.

قلنا: ما هو الأصل إذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ذلك الأصل، واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الأصل؛ لأنها دليل الملك فيبطل به ذلك الأصل، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

الهرَادي: جمع الهرديَّة بالفارسية: وَرْدُوكْ، وفي «المغرب»: الهرْديَّة: عن الليث قصَبَات تُضمُّ ملويَّة بطاقات من الكَرْم ترسل عليها قصبات الكرم، وقال ابن السِّكيت: هو الحردي، ولا تقل: هردي.

قوله: وَإِذَا كَانَ الحَائِطُ لِرَجُلٍ، إلى أن قال: فَهُوَ لِصَاحِبِ الجُذُوعِ، وهذا عندنا، وقال الشافعي: لا يستحق بوضع الجذوع ترجيحًا على صاحبه؛ لأن وضع الجذوع محتمل قد يكون عن ملك، وقد يكون عن استعارة، وقد يكون عن غصب، والمحتمل لا يكون حجة.

ولنا أن واضع الجذوع مستعمل للحائط بوضع حمله عليه والاستعمال يدٌ، وعند تعارض الدعوتين القول قولُ صاحب اليد، كما لو تنازعا في دابة ولأحدهما عليه حمل كان أوْلَى بها؛ ولأن الظاهر شاهد له؛ لأن وضعه الجذوع دليل على أنه هو الذي بنى الحائط لحاجته إلى وضع حمله عليه، وبمثل هذه العلامة يثبت الترجيح، كما إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، هنا يجعل ما يصلح للرجال للرجل، وما يصلح للنساء للمرأة، كذا في «المبسوط».

عَلَيْهَا وَلِلْآخَرِ كُوزٌ مُعَلَّقٌ بِهَا، وَالمُرَادُ بِالِاتِّصَالِ مُدَاخَلَةُ لَبِنِ جِدَارِهِ فِيهِ وَلَبِنِ

قوله: وَالمُرَادُ بِالِاتِّصَالِ - أي: المراد من الاتصال المذكور في قوله: أَوْ مُتَّصِلٌ بِبِنَائِهِ.

قوله: وَقَدْ يُسَمَّى اتِّصَالُ تَرْبِيعٍ، وذكر في حيطان «الذخيرة»: وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجُرٍّ أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه، وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه، وإن كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساجة أحدهما مركبة في الأخرى، وأمَّا إذا نقبت فأدخل لا يكون تربيعًا، وإذا كان تفسير التربيع هذا كان لصاحب التربيع مع الاتصال نوع استعمال، ولاتصال المجاورة مجرد اتصال من غير استعمال، فيكون الاتصال مع الاستعمال أَوْلَى.

وحاصل دلالة الملك في الحائط وعدم دلالته لا تخلو من وجوه ذكرها في «الذخيرة» وقال: يجب أن يعلم بأن الحائط المتنازع فيه بين اثنين إمَّا أن لا يكون متصلًا ببنائهما ولا ببناء أحدهما ولكن يكون بين واديهما، أو يكون متصلًا ببنائهما، أو متصلًا ببناء أحدهما، والاتصال نوعان: اتصال تربيع أو اتصال مجاورة وملازقة، ولا يخلو إمَّا أن لا يكون لهما عليه شيء من الجذوع والهرادي، أو كان لهما عليه جذوع، أو كان لهما عليه هرادي، أو كان لأحدهما جذوع وللآخر عليه هرادي، فإن لم يكن الحائط متصلًا ببنائهما، ولم يكن لهما عليه شيء من الجذوع وغيره، فإنه يقضي بالحائط بينهما؛ لأنهما استويا في الدعوى، وليس ثمَّة من ينازعهما فيه، وليس أحدهما بأَوْلَى من الآخر فيقضي بينهما، ومعنى القضاء بينهما أنه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه، وفي يديه يجعل في أيديهما؛ لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضي بينهما.

وكذلك إذا كان لأحدهما هرادي أو بواري ولا شيءَ للآخر عليه يقضي بينهما؛ لأن وضع الهرادي لا يثبت لصاحبه على الحائط يد استعمال؛ لأن الحائط إنما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع البواري والهرادي، وإنما توضع البواري والهرادي للاستظلال، والحائط لا يُبنى للاستظلال، وهو نظير ما لو كان لأحدهما على الحائط ثوبٌ مبسوطٌ ولا شيءَ للآخر، وهناك يقضى بالحائط بينهما.

هَذَا فِي جِدَارِهِ وَقَدْ يُسَمَّى اتِّصَالُ تَرْبِيعٍ،

وإن كان لأحدهما جذوع عليه ولا شيء للآخر، فإنه يقضي به لصاحب الجذوع؛ لأن لصاحب الجذوع يدًا مستعملة وللآخر مجرد يد بلا استعمال، فيكون صاحب اليد المستعملة أَوْلَى.

قوله: كَدَابَّةٍ تَنَازَعَا فِيهَا[1]، اثنان أحدهما راكب والآخر أخذ بلجامها فالراكب أَوْلَى؛ لأن له يدًا مستعملةً، وإنما اعتبر الاستعمال ترجيحًا إذا استويا في اليد؛ لأن الاستعمال زيادة دليل على الصدق وليس من جنس اليد، فيصلح للترجيح كيد ذي اليد في دعوى النتاج والشراء من ثالث، فإن بيِّنة ذي اليد تترجح باليد؛ لأن اليد دليل زائد على الصدق وإنه من خلاف جنس البينة، فيصلح للترجيح إحدى البينتين، فكذا الاستعمال دليل زائد على الصدق، وأمَّا إذا كان لأحدهما جذعٌ واحدٌ ولا شيء للآخر، وللآخر عليه هرادي هل يقضى لصاحب الجذع الواحد؟ لم يذكره محمد رحمه الله في ظاهر الرواية، وقال بعض مشايخنا: أنه لا يقضى لصاحب الجذع الواحد؛ لأن الحائط لا يُبنى لوضع جذع واحد، وإنما ينصب لأجلها أسطوانة، ذكره في «المبسوط»، فصار كما إذا كان له هرادي.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه يقضي لصاحب الجذع الواحد؛ لأن لصاحب الجذع مع اليد نوع استعمال؛ لأنَّا لمَّا قضينا لصاحب الجذوع كان وضع جذع واحد استعمالًا للحائط بقدره وليس للآخر ذلك، هذا إذا لم يكره الحائط المتنازع متصلًا ببنائهما، أمَّا إذا كان الحائط المتنازع متصلًا ببنائهما، إن كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة فإنه يقضي بينهما نصفين؛ لأنَّهما استويا في الدعوى والاتصال، وأمَّا إذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أَوْلَى؛ لأن صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه؛ لأن قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع، لما ذكرنا من تفسير التربيع، فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال، فيكون الاتصال مع الاستعمال أَوْلَى، فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام، ولو كان لأحدهما اتصال ببناءٍ اتصال ملازقة أو اتصال

(١) انظر هذا النص في المتن قبل الصفحتين.

وَهَذَا شَاهِدٌ ظَاهِرٌ لِصَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ بَعْضَ بِنَائِهِ عَلَى بَعْضِ بِنَاءِ هَذَا الحَائِطِ. وَقَوْلُهُ الهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لا اعْتِبَارَ لِلْهَرَادِيِّ أَصْلًا، وَكَذَا البَوَارِي؛ لِأَنَّ الحَائِطَ لا تُبْنَى لَهَا أَصْلًا حَتَّى لَوْ تَنَازَعَا فِي حَائِطٍ وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ وَلَيْسَ لِلْآخَرِ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا (وَلَوْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ ثَلَاثَةٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) لِاسْتِوَائِهِمَا وَلا مُعْتَبَرَ بِالأَكْثَرِ مِنْهَا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ وَإِنْ كَانَ جُذُوعُ أَحَدِهِمَا أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةٍ فَهُوَ لِصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ،

تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع، فإنه يقضي لصاحب الاتصال؛ لأنَّهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوكة، ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الأول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر.

قوله: وَهَذَا شَاهِدٌ ظَاهِرٌ لِصَاحِبِهِ؛ وذلك لأن الكل صار في حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال، وبعضه متفق عليه لأحدهما، فيرد المختلف فيه إلى المتفق عليه؛ ولأنه في الظاهر هو الذي بناه مع حائطه، فمداخلة أنصاف اللبِن لا يتصور إلا عند بناء الحائطين معًا فكان هو أوْلَى، كذا في «المبسوط».

ولأنَّ الاستعمال بالتربيع سابق على الاستعمال بوضع الجذوع؛ لأن التربيع يكون حالة البناء، والبناء يكون سابقًا على وضع الجذوع، فكان صاحب التربيع أوْلَى، ذكره في «الذخيرة».

قوله: وَإِنْ كَانَ جُذُوعُ أَحَدِهِمَا أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةٍ فَهُوَ - أي: فكل الحائط - لِصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ، وإنما ذكر بهذا اللفظ ليتناول الاثنين من الجذوع والواحد منها، وذكر حكم الواحد والاثنين في «الذخيرة»، فذكر القياس والاستحسان في الواحد ولم يذكرهما في الاثنين وقال: ولو كان لأحدهما عليه عشر خشبات أو أقل من ذلك إلى الثلاث وللآخر عليه خشبة واحدة، فالقياس أن يقضي بينهما؛ لأن وضع الخشبة الواحدة حجة في هذا الباب؛ لأن به يثبت يد الاستعمال، ولهذا لو كان لأحدهما عليه خشبة واحدة ولا شيءَ للآخر قضي

وَلِلْآخَرِ مَوْضِعُ جِذْعِهِ)

لصاحب الخشبة على رواية ابن سماعة، فلا يترجح الآخر بزيادة الخشبات؛ لأن إحدى الحجتين لا يترجح بزيادة من خشبها، وفي الاستحسان لا يقضى بينهما؛ لأن وضع الخشبة الواحدة وإن كانت حجة في هذا الباب إلا أنها حجة ناقصة؛ لأن الحائط إنما يُبنى للتسقيف، والتسقيف لا يحصل بالخشبة الواحدة إلا نادرًا، فكانت ناقصة من هذا الوجه والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة.

ثم قال: وإذا كان لأحدهما عليه عشر خشبات وللآخر خشبتان، فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: الخشبتان بمنزلة الثلاث؛ لأنه يمكن التسقيف بهما، وقال بعضهم: بمنزلة الواحدة؛ إذ لا يمكن التسقيف بهما إلا على الندرة.

وذكر في «الإيضاح» القياس والاستحسان في الواحد والاثنين جميعًا وقال: ولو كان لأحدهما عليه جذع واحد أو جذعان وللآخر عليه ثلاثة أجذاع أو أكثر، فَالقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؛ لأنهما استويا في أصل الاستعمال والترجيح لا يقع بزيادة القدر، ولكنَّا استحسنا ولم نجعل بينهما نصفين، وهكذا أيضًا في «المبسوط».

قوله: وَلِلْآخَرِ مَوْضِعُ جِذْعِهِ، أي: ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين موضع جذعه، وذكر في «الإيضاح» يريد به حق الوضع.

ثم اعلم أن هذا الذي ذكره من حق الوضع لصاحب الجذع الواحد مع أن الحائط كله لصاحب الجذع الثلاثة، فيما إذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلاثة لا بالبيّنة، أمَّا إذا ثبت ملكه بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره، كذا في «المبسوط» وغيره.

ثمَّ في مسألة حق الوضع لصاحب الجذع مع الحكم بأن الحائط كله لصاحب الجذوع الثلاثة عند عدم البينة يحتاج إلى الفرق بينها وبين مسألة الدابة إذا كان لأحدهما عليها حمل وللآخر مخلاة، ووقع التنازع فيها وليس لهما بيّنة، كانت الدابة لصاحب الحمل، ويُؤمر صاحب المخلاة برفع مخلاته، ولا يُؤمر صاحب الجذع الواحد برفع جذعه، مع أن في الصورتين

فِي رِوَايَةٍ، وَفِي رِوَايَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَحْتَ خَشَبَتِهِ، ثُمَّ قِيلَ مَا بَيْنَ الخَشَبِ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ عَلَى قَدْرِ خَشَبِهِمَا، وَالقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لا مُعْتَبَر

قضي المتنازع كله لأحدهما بسبب الاستعمال لا بالبينة، ووجه الفرق يجيء بُعيد هذا.

قولـه: فِي رِوَايَةٍ، وهي رواية كتاب الإقرار حيث قال في كتاب الإقرار: إن الحائط كله لصاحب الأجذاع، ولصاحب القليل ما تحت جذعيه، يريدُ به حق الوضع.

قولـه: وَفِي رِوَايَةٍ، وهي رواية كتاب الدعوى حيث قال في كتاب الدعوى: إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع، فيكون لصاحب الجذع الواحد موضع جذعه مع أصل الحائط.

ثم وجه رواية كتاب الإقرار أن لصاحب عشر خشبات عليه حملًا مقصودًا يُبنى الحائط لأجله، وليس لصاحب الخشبة الواحدة مثل ذلك؛ لأن الحائط لا يُبنى لأجل خشبة واحدة عادةً، وإنما ينصب لأجلها أسطوانة، فكان صاحب الخشبات أوْلَى به، كما في الدابة إذا كان لأحدهما عليها حمل مقصود وللآخر مخلاة يقضى بها لصاحب الحمل، إلا أنه لا ترفع خشبة الآخر؛ لأن استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر فلا يستحق به رفع الخشبة على الآخر؛ لأن من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه، فإن القسمة لو وقعت على هذا المثال كان جائزًا.

وأمَّا وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط إذا كان يستحق بوضع الجذع، فذلك الموضع الذي هو مشغول بجذعه في يده حقيقةً باعتبار الاستعمال، وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع، فصار هذا كالدار الواحدة إذا كان فيها أحد عشر منزلًا، عشرة منها في يدي رجل، وواحدة في يدي رجل تنازعا في الدار، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يده، كذا هاهنا.

قولـه: ثُمَّ قِيلَ مَا بَيْنَ الخَشَبِ بَيْنَهُمَا - أي: نصفان - وَقِيلَ عَلَى قَدْرِ خَشَبِهِمَا، وهذان القولان إنما يردان على رواية كتاب الدعوى لا على رواية كتاب الإقرار، ثم القول الأول وهو أن يكون بينهما نصفين موافق لرواية «الذخيرة» حيث قال فيها على هذا الوجه، وقال: وكيف يقضي بما بين الخشبات على رواية كتاب الدعوى؟ اختلف المشايخ فيه، بعضهم

بِالكَثْرَةِ فِي نَفْسِ الحُجَّةِ. وَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الِاسْتِعْمَالَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ خَشَبَتِهِ. وَوَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ الحَائِطَ يُبْنَى لِوَضْعِ كَثِيرِ الجُذُوعِ دُونَ الوَاحِدِ وَالمُثَنَّى فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِصَاحِبِ الكَثِيرِ، إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَى لَهُ حَقُّ الوَضْعِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ

قالوا: يقضي على أحد عشر سهمًا، وبعضهم قالوا: يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في ذلك، ألا ترى أن في مسألة الدار التي فيها منازل يقضي بالساحة بينهما نصفين، كذا هاهنا.

ومخالف لرواية «المبسوط»، فإن في «المبسوط» مكان ذلك القول جعل الدار كله لصاحب الكثير وقال فيه: من أصحابنا من قال: يقضي بالكل بينهما على أحد عشر سهمًا، عشرة لصاحب الخشبات وسهم لصاحب الخشبة، اعتبارًا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة من الحائط، ثم قال: وأكثرهم على أنه يقضي به لصاحب عشر خشبات؛ لأن استحقاق الآخر بالخشبة لا بعلامة يستدل بها على أنه هو الذي بنى الحائط، وللآخر علامة يستدل بها على أنه بنى الحائط، فإن الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة، فلهذا كان الكل لصاحب الخشبات إلا موضع الخشبة الواحدة لضرورة استعمال صاحبها، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها.

قوله: وَجْهُ الثَّانِي، وهو **قوله: وَفِي رِوَايَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَحْتَ خَشَبَتِهِ**، وهو رواية كتاب الدعوى.

قوله: وَوَجْهُ الأَوَّلِ، وهو **قوله: فَهُوَ لِصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ**، وهو رواية كتاب الإقرار.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَى لَهُ حَقُّ الوَضْعِ، أي: يبقي لصاحب الجذع الواحد حق وضع جذعه.

قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي اسْتِحْقَاقِ يَدِهِ، أي: شهادة الظاهر لصاحب الكثير ليست بحجة كاملة، فلا يكون سببًا لاستحقاق صاحب الكثير على صاحب القليل، حتى يمنع صاحب القليل عن وضع جذعه، هذا احتراز عمَّا لو ثبتَ ملكه بالبينة، فإن فيه له أن يمنع.

وذكر في «الذخيرة» الفرق بينهما وقال: الفرق هو أن البينة حجة مطلقًا تظهر في حق الدفع والإبطال والاستحقاق على الغير، ألا ترى أنَّ الملك الثابت بالبينة كما صلحَ للدفع

فِي اسْتِحْقَاقِ يَدِهِ (وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا جُذُوعٌ وَلِلْآخَرِ اتِّصَالٌ فَالأَوَّلُ أَوْلَى) وَيُرْوَى الثَّانِي أَوْلَى. وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ لِصَاحِبِ الجُذُوعِ التَّصَرُّفَ وَلِصَاحِبِ الِاتِّصَالِ اليَدُ وَالتَّصَرُّفُ أَقْوَى. وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الحَائِطَيْنِ بِالِاتِّصَالِ يَصِيرَانِ كَبِنَاءٍ وَاحِدٍ مِنْ ضَرُورَةِ القَضَاءِ لَهُ بِبَعْضِهِ القَضَاءُ بِكُلِّهِ ثُمَّ يَبْقَى لِلْآخَرِ حَقُّ وَضْعِ جُذُوعِهِ لِمَا قُلْنَا، وَهَذِهِ رِوَايَةُ الطَّحَاوِيِّ وَصَحَّحَهَا الجُرْجَانِيُّ.

صلح لاستحقاق الشفعة على الغير، وأمَّا اتصال التربيع فهو نوع ظاهر، والظاهر يصلح للدفع والإبطال دون الاستحقاق، ألا ترى أن الملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح لاستحقاق الشفعة، فكذا الملك الثابت بالاتصال يصلح للدفع ولا يصلح لإبطال حق صاحب الجذع.

وذكر في «المبسوط» هذا الفرق على وجه السؤال والجواب وقال: فإن قيل: لمَّا قضى بالحائط لصاحب الاتصال ينبغي أن يؤمر الآخر برفع الجذوع؛ لأنه حمل موضوع له على ملك الغير بغير سبب ظاهر لاستحقاقه، كما لو تنازعا في دابة لأحدهما عليه حمل وللآخر مخلاة يقضى لصاحب الحمل ويؤمر الآخر برفع المخلاة.

قلنا: لأن وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقًّا له في الأصل بسبب، فكان من ضرورة القضاء بالدابة لصاحب الحمل أمر الآخرة برفع المخلاة، فأمَّا هنا فقد ثبتَ له حق وضع الجذوع على حائط لغيره، بأن كان ذلك مشروطـًا في أصل القسمة، فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر، وهذا بخلاف ما لو أقام أحدهما البينة وقضي به له يؤمر الآخر برفع جذوعه؛ لأن البينة حجة الاستحقاق يستحق بها لصاحبها على الآخر رفع جذوعه عن ملكه.

قوله: وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا اتِّصَالٌ وَلِلْآخَرِ جُذُوعٌ فَالأَوَّلُ أَوْلَى، إلى آخره، هذا هو الصحيح من النُّسخ ليكون الدليل موافقًا للمدعى، وفي بعض النسخ: **وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا جُذُوعٌ وَلِلْآخَرِ اتِّصَالٌ**، وذلك ليس بصحيح؛ لأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب.

ثم اعلم أن الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ مِنْهَا فِي يَدِ رَجُلٍ عَشَرَةُ أَبْيَاتٍ وَفِي يَدِ آخَرَ بَيْتٌ فَالسَّاحَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي اسْتِعْمَالِهَا وَهُوَ الْمُرُورُ فِيهَا.

أو على العكس، هو الاتصال الذي وقع في أحد الطرفين، وأمَّا إذا وقع اتصال التربيع في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أوْلَى، وعلى هذا عامة المشايخ، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وممَّن رجح صاحب الاتصال الطحاوي رحمه الله، وممَّن رجح صاحب الجذوع الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وقال في «الذخيرة»: وإن كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن صاحب الاتصال أوْلَى، وبه أخذ الطحاوي، والشيخ الفقيه عبد الله المرشد، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أن صاحب الجذوع أوْلَى، وذكر فيها قبل هذا: فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أوْلَى، عليه عامة المشايخ، وهكذا رُوي عن أبي يوسف رحمه الله في «الأمالي»، فقد رجح صاحب الاتصال على صاحب الجذوع.

السَّاحَةُ: فراخى سراى وخوان[١]، كذا في «تاج الأسامي»[٢].

قوله: لِاسْتِوَائِهِمَا فِي اسْتِعْمَالِهَا وَهُوَ الْمُرُورُ، ووضع الأمتعة، وصبّ الوضوء، وكسر الحطب وما أشبه ذلك، فلمَّا كانا في المرور سواءً كانا في استحقاق الساحة أيضاً سواء، ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير، وكون صاحب القليل ولَّاجاً خرَّاجاً في الأمور.

على أنا نقول: الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة، وصار هذا كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والبيت، وإن كان بعضها أكثر من بعض؛ وهذا لأن الاستحقاق باعتبار أصل اليد، ألا ترى أنَّهما لو تنازعا في ثوب وعامته في يد أحدهما وفي يد الآخر طرف منه أنه يقضي به بينهما نصفين؛ لما أن اليد حجة للاستحقاق، وما يكون حجة للاستحقاق

(١) في بعض النسخ: فراخى گاه سراى وجز آن.

(٢) قال في «خزانة التراث - فهرس المخطوطات» (ج٩١ ص٥٢): «تاج الأسامي» في اللغة، لمؤلِّف مجهول، نسخته في المكتبة الوطنيه بستراسبورغ، فرنسا، بالرقم (٤١٧٠).

....

فالقليل منه يساوي الكثير، كما لو تنازعا في شيءٍ فأقام أحدهما شاهدين والآخر مائة من الشهود فإنه يقضى بذلك الشيء بينهما نصفين.

فإن قلتَ: يشكل على هذا مسائل اعتبر في بعضها جانب صاحب الكثير، وألغى جانب صاحب القليل أصلًا، وفي بعضها اعتبر جانباهما لكن على حسب القلة والكثرة لا على وجه التنصيف، فمن الأول ما لو أقام أحد المدعيين شاهدًا واحدًا والآخر شاهدين، حيث اعتبر جانب صاحب الكثير وهو جانب صاحب الشاهدين، حتى قضى القاضي بالعين له وألغى جانب صاحب القليل، وهو الذي أقام شاهدًا واحدًا.

وكذلك لو تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه، حيث يلغى جانب صاحب الهدب ويقضى بالكل لمن في يده جميع الثوب، وكذلك لو أخبر عدل بنجاسة الماء وعدلان بطهارته حيث يحكم بخبر العدلين، وكذلك في رواية الأخبار على قول البعض، وكذلك لو تنازع اثنان في حائط ولأحدهما عليه خشبة ولآخر عليه عشر خشبات، فإن في بعض الروايات لا يقضى لصاحب الخشبة الواحدة أصلًا.

وأمَّا من الثانِي فمسألة الشرب، فإنَّهما لو تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي، بخلاف مسألة الكتاب التي نحن فيها، فإنه يقضى بالساحة بينهما بالسوية من غير نظر إلى قدر الأملاك، فكانت مسألة الكتاب مخالفة لهذين النوعين، فما وجه الفرق بين هذه المسائل؟

قلتُ: أمَّا في مسألة الشهادة فإن الله تعالى لم يجعل ما دون الشاهدين حجة شرعًا في الأملاك؛ لقضاء القاضي بقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وغيرها من الآيات، وقد ذكرناه في الشهادات، وفي الثوب إنما لم يقض لصاحب الهدب بشيء؛ لما أن الاستحقاق إنما يثبت باعتبار اليد على الثوب، ويد صاحب الهدب إنما يثبت على الهدب دون الثوب؛ لأن الثوب اسم لمنسوج والهدب ليس بمنسوج.

وأمَّا في الإخبار بنجاسة الماء وطهارته، ورواية الأخبار؛ لأن خبر العدل إنما جعل حجة في أمور الدين باعتبار الصدق، والصدق في خبر العدل راجحٌ على الكذب لما عُرف،

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى رَجُلَانِ أَرْضًا) يَعْنِي يَدَّعِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (أَنَّهَا فِي يَدِهِ لَمْ يَقْضِ أَنَّهَا فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّى يُقِيمَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا)؛ لِأَنَّ اليَدَ فِيهَا غَيْرُ مُشَاهَدَةٍ

وزيادة العدد يفيد زيادة الصدق أيضـًا، أمَّا هاهنا فبخلافه؛ لأنَّهما استويا في سبب الاستحقاق وهو اليد؛ فإنَّ يد كل واحد منهما على الساحة باعتبار أنه يتطرق فيه إلى ملكه، ويضع فيه أمتعته وغيرهما، وقد استويا فيه فيستويان في الحكم.

وأمَّا في مسألة الخشبة فذكرنا أن صاحب الجذع الواحد غير مستعمل للحائط؛ لما أن الحائط في العادة لا يبنى لوضع خشبة واحدة، وإنما يبنى لوضع الخشبات، وأما في مسألة الشرب فإن الشرب شيء يحتاج إليه الأراضي دون الأرباب، فبكثرة الأراضي كثُر الاحتياج إلى الشرب، فيستدل به على كثرة حق له في الشرب، وأمَّا الساحة فشيء يحتاج إليه الأرباب بنفسه، وهما سواء في الاحتياج فاستويا في الاستحقاق لذلك، وكان هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه، حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي، والإمام التمرتاشي رحمهما الله.

قوله: لَمْ يَقْضِ أَنَّهَا فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّى يُقِيمَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا؛ لأن اليد حق مقصود، والقاضي كيف يقضي بها لهما، ولعلها في يد ثالث، ألا ترى إلى مسألة غفل عنها القضاة: رجل ادعى على رجل أرضـًا، والمدَّعى عليه يزعم أنها في يديه، وأقام المدعي بينة أنها ملكه، فالقاضي لا يقضي بينة لجواز أن تكون الأرض في يد ثالث، والمدعي مع المدعى عليه تواطآ وتواضعا على ذلك، فالقاضي لا يقضي ببينة المدعي ما لم يثبت كون الدار في يد المدعى عليه بالحجة، فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا البَيِّنَةَ على اليد قضى باليد له ويكون الآخر خارجًا، وإن أقاما جميعًا البينة على اليد قضى لهما بها، وبعد ما قضى بها لهما لو طلبا القسمة من القاضي فالقاضي لا يقسم ما لم يقيما البينة على الملك.

بعض مشايخنا قالوا: هذا على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وأمَّا على قولهما فالقاضي يقسم بناء على مسألة أخرى ذكرها في كتاب القسمة، وهي إذا كانت الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقرُّوا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم، التمسوا من القاضي أن يقسمها

لِتَعَذُّرِ إِحْضَارِهَا وَمَا غَابَ عَنْ عِلْمِ القَاضِي فَالبَيِّنَةُ تُثْبِتُهُ، (وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا البَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي يَدِهِ) لِقِيَامِ الحُجَّةِ؛ لِأَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ (وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ جُعِلَتْ

بينهم، فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم ماتَ وخلفها ميراثًا لهم، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يقسمها بينهم بإقرارهم ويُشهد أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في أرض صحراء ادَّعاها رجلان، كل واحد منهما يدَّعي أنها في يديه، فإنِّي لا أقضي بأنَّها في يد واحد منهما؛ لأن القاضي لا يقضي بغير حجة، ولا حجة لواحد منهما سوى الدعوى، ومجرد الدعوى لا تكون حجة للقضاء، وكذا لو أقرَّ أحدهما أنَّها في يد صاحبه، فإن القاضي لا يجعلها في يده؛ لجواز أن تكون في يد الثالث وقد تواطئا على هذه الحيلة ليجعلها القاضي في يد أحدهما، إلا أنه يمنع المقر من أن يزاحم المقر له فيها؛ لأن الإقراره حجة في حقه.

قوله: وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا البَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي يَدِهِ؛ لِقِيَامِ الحُجَّةِ، فإن قيل: البيِّنة حجة على الخصم، وإذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصمًا، فكيف يقضي باليد فيها للذي أقام البينة.

قلنا: هو خصم باعتبار منازعته في اليد، ألا ترى أنه يتمكن من إثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر، ومن كان خصمًا لغيره باعتبار منازعته في شيءٍ شرعًا كانت بينته مقبولة.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يديه؟ حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات، فإن حلفا لم يقض باليد لهما، وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه، وتُوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه نكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنكوله، وإن كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده؛ لأن نكوله ليس بحجةٍ في حق الثالث.

قوله: جُعِلَتْ فِي أَيْدِيهِمَا؛ لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِقِيَامِ الحُجَّةِ.

فِي أَيْدِيهِمَا)؛ لِمَا بَيَّنَّا فَلَا يَسْتَحِقُّ لِأَحَدِهِمَا مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ.

(وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَدْ لَبِنَ فِي الأَرْضِ أَوْ بَنَى أَوْ حَفَرَ فَهِيَ فِي يَدِهِ) لِوُجُودِ التَّصَرُّفِ وَالِاسْتِعْمَالِ فِيهَا.

قوله: لِوُجُودِ التَّصَرُّفِ وَالِاسْتِعْمَالِ فِيهَا، ومن ضرورته إثبات اليد، كالركوب في الدواب واللبس في الثياب، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ)

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ البَائِعُ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ

بـابُ دعوى النسب

لمَّا ذكر الدعوى في الأموال وما في معناها شرع في بيان دعوى النسب، وإنَّما قدم دعوى الأموال لكثرة وقوعها وكثرة الوقوع من أسباب التقديم؛ لأن الأهمية في كثرة الوقوع، ولا شك أن الأهمية من أسباب التقديم.

قولـه: وَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ البَائِعُ، إلى آخره، هذه المسألة على وجوه ثلاثة:

(١) إما أن يعلم أن العلوق كان في ملك البائع بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، (٢) أو كان في ملك المشتري بأن ولدت لأكثر من سنتين من وقت البيع، (٣) أو مشكوكًا بأن ولدت لأقل من سنتين.

فإن علم أن العلوق كان في ملك البائع، بأن اشترى جارية فباعها بعد سنتين وولدت لأقل من ستَّة أشهر، فادعى البائع صحَّت دعوته، والقياس أن لا تصح، فكان في دعواه مناقضًا وساعيًا في بعض ما تمَّ به وهو البيع، فلا يقبل قوله كما لو قال: كنتُ أعتقتها أو دبَّرتها قبل أن أبيعها.

ولنا أنا تيقنا بحصول العلوق في ملكه، وذلك ينزل منزلة البينة في إبطال حق الغير عنهما وعن ولدها؛ وهذا لأن بحصول العلوق في ملكه ثبتَ له حق استلحاق النسب بالدعوة، وذلك لا يحتمل الإبطال، وإنما يبطل بالبيع ما كان محتملًا للإبطال، فأمَّا ما لا يحتمل الإبطال فالحال قبل البيع وبعده سواءٌ، وإذا ثبتَ حق استلحاق النسب له بقي على ما كان ثابتًا، وهو المتفرد به من غير حاجة إلى تصديق المشتري، وخفاء أمر العلوق يكون غدرًا له في إسقاط

مِنْ يَوْمِ بَاعَ فَهُوَ ابْنُ البَائِعِ وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ) وَفِي القِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ دَعْوَتُهُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ البَيْعَ اعْتِرَافٌ مِنْهُ بِأَنَّهُ عَبْدٌ فَكَانَ فِي دَعْوَاهُ مُنَاقِضًا وَلا نَسَبَ بِدُونِ الدَّعْوَى.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ اتِّصَالَ العُلُوقِ بِمِلْكِهِ شَهَادَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى كَوْنِهِ مِنْهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الزِّنَا. وَمَبْنَى النَّسَبِ عَلَى الخَفَاءِ فَيُعْفَى فِيهِ التَّنَاقُضُ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى اسْتَنَدَتْ إِلَى وَقْتِ العُلُوقِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أُمَّ وَلَدِهِ فَيُفْسَخُ البَيْعُ؛ لِأَنَّ بَيْعَ أُمِّ الوَلَدِ لا يَجُوزُ

اعتبار التناقض وقبول قوله في إبطال البيع، كما أن الزوج إذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب يثبت منه، ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر إلى التناقض؛ وهذا لأن الإنسان قد يعلم تَدَيُّنًا أن العلوق ليس منه، ثم يتبين أنه منه، ولا يوجد مثل هذا في دعوى العتق والتدبير فلهذا لا تقبل قول البائع هناك، وأمَّا هاهنا فبخلافه لمكان الخفاء فلا يمنع صحة الدعوى، وكالمرأة إذا أقامت البينة بعد الخلع أنه كان طلقها ثلاثًا قبل الخلع قُبلت بينتها، وكالمكاتب إذا أقام البيّنة أنه كان أعتقه البتة قبل ذلك قبلت بنيته، فكذلك هاهنا.

ثم لو ادعاه المشتري بعد دعوة البائع فعلى طريق القياس يثبت النسب منه؛ لأن دعوة البائع لم تصح، وعلى طريقة الاستحسان لمَّا ثبت النسب من البائع لا تصح دعوة المشتري؛ لأن البيع قد انتقض وصار هو كأجنبيٍّ آخر؛ ولأن الولد استغنى عن النسب بثبوت نسبه من البائع، وإن كان المشتري ادَّعاه أوَّلًا ثبت النسب منه؛ لأنَّها مملوكته في الحال يملك إعتاقها وإعتاق ولدها، فتصح دعوته أيضًا لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية، ويثبت لها أميَّة الولد بإقراره، ثم لا يصح دعوة البائع بعد دعوة المشتري؛ لأن الولد قد استغنى عن النسب حين ثبت نسبه من المشتري؛ ولأنه ثبتَ فيه ما لا يحتمل الإبطال وهو حقيقة النسب، فيبطل به حق استلحاق النسب الذي كان للبائع ضرورة.

فإن ادَّعياه معًا ثبت النسب من البائع عندنا، وقال إبراهيم النخعي رحمه الله: يثبت من المشتري؛ لأن للمشتري حقيقة الملك فيها، وفي ولدها وللبائع حق، والحق لا يعارض

(وَيُرَدُّ الثَّمَنُ) لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ (وَإِنِ ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مَعَ دَعْوَةِ الْبَائِعِ أَوْ بَعْدَهُ فَدَعْوَةُ الْبَائِعِ أَوْلَى) لِأَنَّهَا أَسْبَقُ لِاسْتِنَادِهَا إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ وَهَذِهِ دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ لَمْ تَصِحَّ دَعْوَةُ الْبَائِعِ) لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدِ اتِّصَالُ الْعُلُوقِ بِمِلْكِهِ تَيَقُّنًا وَهُوَ الشَّاهِدُ وَالْحُجَّةُ (إِلَّا إِذَا صَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي) فَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَيُحْمَلُ عَلَى الِاسْتِيلَادِ بِالنِّكَاحِ، وَلَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِأَنَّا تَيَقَّنَّا أَنَّ الْعُلُوقَ لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ فَلَا يَثْبُتُ حَقِيقَةَ الْعِتْقِ وَلَا حَقَّهُ، وَهَذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ وَغَيْرُ الْمَالِكِ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ. (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ وَلِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ

الحقيقة، كما لو جاءت جارية رجل بولد فادعاه هو وأبوه معًا ثبت النسب من المولى؛ لأن له حقيقة الملك فيها وللأب حق، فيسقط اعتبار الحق بمقابلة الحقيقة، ولنا أنَّ دعوة البائع دعوة استيلاد؛ لأن أصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير، فإن أصل العلوق لم يكن في ملكه، ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد كما لا تعارض بين نفس الإعتاق ودعوة الاستيلاد لمعنى، وهو أن دعوة الاستيلاد لا تقتصر على الحال فدعوة البائع سابقة معنى، فكأنَّها سبقت صورةً، بخلاف دعوة المولى مع أبيه، فإن شرط صحة دعوة الأب يملك الجارية من وقت العلوق؛ إذ ليس في مال ولده حق ملك ولا حقيقة ملك، وإقرار دعوة المولى بدعوة الأب يمنع تحصيل هذا الشرط، فلهذا أثبتنا النسب من المولى دون أبيه، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَهَذِهِ دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ، احتراز عن دعوى التحرير، يعني لمَّا كانت هذه الدعوة دعوة استيلاد لم يفتقر إلى حقيقة الملك لصحة الدعوة في الحال، بخلاف دعوى التحرير على ما يجيء.

قوله: وَيُحْمَلُ عَلَى الِاسْتِيلَادِ بِالنِّكَاحِ، حملًا لأمره على الصحة ولا يعتق الولد، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: فَلَا يَثْبُتُ حَقِيقَةَ الْعِتْقِ - أي: في الولد - وَلَا حَقَّهُ، أي: في الأم.

لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَةُ البَائِعِ فِيهِ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ المُشْتَرِي)؛ لِأَنَّهُ احْتَمَلَ أَنْ لا يَكُونَ العُلُوقُ فِي مِلْكِهِ فَلَمْ تُوجَدِ الحُجَّةُ فَلَا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِهِ، وَإِذَا صَدَّقَهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ وَيَبْطُلُ البَيْعُ وَالوَلَدُ حُرٌّ وَالأُمُّ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ كَمَا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى لِتَصَادُقِهِمَا وَاحْتِمَالِ العُلُوقِ فِي المِلْكِ (فَإِنْ مَاتَ الوَلَدُ فَادَّعَاهُ البَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتِ الِاسْتِيلَادُ فِي الأُمِّ)؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْوَلَدِ وَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ بَعْدَ المَوْتِ لِعَدَمِ حَاجَتِهِ إِلَى ذَلِكَ فَلَا يَتْبَعُهُ اسْتِيلَادُ الأُمِّ.

(وَإِنْ مَاتَتِ الأُمُّ فَادَّعَاهُ البَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَثْبُتُ النَّسَبُ فِي الوَلَدِ وَأَخَذَهُ البَائِعُ)؛ لِأَنَّ الوَلَدَ هُوَ الأَصْلُ فِي النَّسَبِ فَلَا يَضُرُّهُ فَوَاتُ التَّبَعِ، وَإِنَّمَا كَانَ الوَلَدُ أَصْلًا؛ لِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَيْهِ يُقَالُ أُمُّ الوَلَدِ، وَتَسْتَفِيدُ الحُرِّيَّةَ مِنْ جِهَتِهِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَالثَّابِتُ لَهَا حَقُّ الحُرِّيَّةِ وَلَهُ حَقِيقَتُهَا، وَالأَدْنَى يَتْبَعُ الأَعْلَى (وَيَرُدُّ الثَّمَنَ كُلَّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

وقوله: فَإِنْ مَاتَ الوَلَدُ فَادَّعَاهُ البَائِعُ، وقوله: فَإِنْ مَاتَتِ الأُمُّ فَادَّعَاهُ البَائِعُ، وما رتب عليهما من الحكم من عدم صحة دعوى البائع بعد موت الولد وصحة دعوته بعد موت الأمّ ثابت في حق الإعتاق أيضاً، فإنه لو ادعى البائع نسبَ الولد بعد إعتاقه المشتري لا تصح دعوته، وإن كان أقلَّ من ستة أشهر من وقت البيع، ولو ادَّعى نسبه بعد إعتاق أمّه يصح على ما ذكر بعد هذا: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»، قاله النبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم لمارية القبطية حين ولدت إبراهيم رضي الله عنه من رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فقال: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» حيث جعل الولد أصلًا لثبوت حق العتق في الأم، فعرفنا أن الولد هو المقصود بالدعوة، والأمّ تابعة فيها فلذلك قلنا: متى جرى في الولد من المشترى ما يمنع دعوة البائع لم تصح دعوة البائع أصلًا؛ لقيام المانع في الولد، وذلك مانع في الأمّ؛ لأن الحق في الأم ثبت

وَقَالَا: يَرُدُّ حِصَّةَ الوَلَدِ وَلَا يَرُدُّ حِصَّةَ الأُمِّ)؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أُمَّ وَلَدِهِ، وَمَالِيَّتُهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ فِي العَقْدِ وَالغَصْبِ فَلَا يَضْمَنُهَا المُشْتَرِي، وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوِّمَةٌ فَيَضْمَنُهَا. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِذَا حَمَلَتِ الجَارِيَةُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ فَبَاعَهَا فَوَلَدَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِي فَادَّعَى البَائِعُ الوَلَدَ وَقَدْ أَعْتَقَ المُشْتَرِي الأُمَّ فَهُوَ ابْنُهُ يَرُدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ

تبعًا، بخلاف العكس على ما ذكر في الكتاب، وإليه أشار الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَقَدْ أَعْتَقَ المُشْتَرِي الأُمَّ فَهُوَ ابْنُهُ يَرُدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، يعني: فهو ابن البائع فيقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الأم، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع؛ لأنه ثبتَ فيها للمشتري ما لا يحتمل الإبطال وهو الولاء، وكذلك الحكم فيما إذا دبَّرها أو استولدها، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

فإن قلتَ: كان ينبغي أن يبطل البيع ويبطل إعتاق المشتري؛ لأن نسبَ الولد قد ثبت بدعوة البائع لكون العلوق في ملكه بيقين؛ لأن الكلام فيما إذا أحبلت الجارية في ملك البائع، ثم من حكم ثبات نسب الولد صيرورة الجارية أم ولد للبائع، كما قبل عتق المشتري الأم، وإن كان هناك إبطال ملك المشتري في الأم كذا هنا؛ ولأنهم قالوا فيمن باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر، فأعتق المشتري أحدهما ثم ادَّعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعًا حتى يبطل عتق المشتري، حيث لم يتفاوت هناك وجود دعوة البائع قبل إعتاق المشتري إلى أحد التوأمين أو بعده، فيجب أن يكون هاهنا كذلك.

قلتُ: ذاك مسلَّم، أعني صيرورة الأمِّ أم ولد للمدعي من حكم ثبوت النسب، لكن ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه النسب بحال، بل الانفصال عنه جائز، فإن ولد المغرور يكون حرّ الأصل ثابت النسب من المستولد، وأمه لا تكون أم ولد له، بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق، ثم صيرورة الأم أم ولد للمدعي لو لم يكن من أحكام ثبوت النسب ولا من ضروراته، لا تصير الجارية أم ولد للمدعي، سواء ادعى الولد قبل إعتاق المشتري الأم أو بعده، ولو كانت من ضروراته بحيث لا تنفصل عنه بحال لصارت الجارية أم ولد له في الحالين

مِنَ الثَّمَنِ. وَلَوْ كَانَ المُشْتَرِي إِنَّمَا أَعْتَقَ الوَلَدَ فَدَعْوَاهُ بَاطِلَةٌ. وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الأَصْلَ فِي هَذَا البَابِ الوَلَدُ، وَالأُمُّ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَى مَا مَرَّ. وَفِي الفَصْلِ الأَوَّلِ قَامَ المَانِعُ مِنَ الدَّعْوَةِ وَالِاسْتِيلَادِ وَهُوَ العِتْقُ فِي التَّبَعِ وَهُوَ الأُمُّ فَلَا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِي الأَصْلِ وَهُوَ الوَلَدُ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، كَمَا فِي وَلَدِ المَغْرُورِ فَإِنَّهُ حُرٌّ وَأُمُّهُ أَمَةٌ لِمَوْلَاهَا،

جميعًا، كما في التوأم، فإذا كانت من أحكامه ولم تكن من ضروراته عملنا بالأمرين وقلنا: متى ادعى قبل العتق صارت الجارية أم ولد للمدعي، عملًا بكونه من أحكام النسب، ومتى ادعى بعد العتق لم تصر أم ولدٍ له؛ لأنها ليست من ضروراته بخلاف التوأم؛ لأن ثُبوت نسب أحد التوأمين والحكم بصيرورته حر الأصل من أحكام النسب وضروراته لا محالة، فكذلك صحَّ قبل العتق وبعده، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: فَدَعْوَاهُ بَاطِلَةٌ، أي: إذا لم يصدقه المشتري في دعواه.

قوله: أَنَّ الأَصْلَ فِي هَذَا البَابِ، أي: الأصل في باب ثبوت حق العتق للأمِّ بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب.

قوله: وَالأُمُّ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَى مَا مَرَّ، وهو **قوله: وَإِنَّمَا كَانَ الوَلَدُ أَصْلًا لِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَيْهِ**، إلى آخره.

قوله: وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا ادَّعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم، فإن المانع من الدعوة وهو العتق الكتابة راجعة إلى المانع، **وقوله: مِنَ الدَّعْوَةِ**، صلة المانع، أي: العتق الذي هو مانع من الدعوة والاستيلاد إنما قام في البيع في الوجه الأول، فلم يؤثر منعه، بخلاف الفصل الثاني على ما ذكر.

قوله: وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، أي: وليس من ضرورات ثبوت العتق في الولد بالنسب ثبوت الاستيلاد في الأم، أي: قد يثبت عتق الولد بالنسب ولا تصير أمه أم ولد لأبي الولد.

قوله: كَمَا فِي وَلَدِ المَغْرُورِ، وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل بزعم أنَّها ملكه

وَكَمَا فِي المُسْتَوْلَدَةِ بِالنِّكَاحِ. وَفِي الفَصْلِ الثَّانِي قَامَ المَانِعُ بِالأَصْلِ وَهُوَ الوَلَدُ فَيَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِيهِ وَفِي التَّبَعِ، وَإِنَّمَا كَانَ الإِعْتَاقُ مَانِعًا لِأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ كَحَقِّ اسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ وَحَقِّ الِاسْتِيلَادِ فَاسْتَوَيَا مِنْ هَذَا الوَجْهِ، ثُمَّ الثَّابِتُ مِنَ المُشْتَرِي حَقِيقَةُ الإِعْتَاقِ وَالثَّابِتُ فِي الأُمِّ حَقُّ الحُرِّيَّةِ، وَفِي الوَلَدِ لِلْبَائِعِ حَقُّ الدَّعْوَةِ وَالحَقُّ لا يُعَارِضُ الحَقِيقَةَ، وَالتَّدْبِيرُ بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ وَقَدْ ثَبَتَ بِهِ

فاستولدها، ثم استحقت الأمة فيعتق الولد بالقيمة ولا تصير أمه أم ولد لأبي الولد.

قوله: وَكَمَا فِي المُسْتَوْلَدَةِ بِالنِّكَاحِ، بأن قالت امرأة لرجل: تزوجني فإنِّي حرة، فتزوجها فولدت له ولدًا ثمَّ استحقت.

قوله: وَفِي الفَصْلِ الثَّانِي، وهو فيما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع بأنه ولده.

قوله: فَيَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِيهِ وَفِي التَّبَعِ، - أي: فيمتنع ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد في الأصل الذي هو الولد، وفي التبع الذي هو الأم - وَإِنَّمَا كَانَ الإِعْتَاقُ مَانِعًا - أي: وإنَّما كان إعتاق المشتري مانعًا لدعوة البائع إيَّاه - لِأَنَّهُ، أي: لأن الإعتاق - لا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ كَحَقِّ اسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ - أي: من البائع في حق الولد - وَحَقِّ الِاسْتِيلَادِ - أي: وحق استيلاد البائع في حق الأم - فَاسْتَوَيَا مِنْ هَذَا الوَجْهِ، أي: استوى إعتاق المشتري وحق استحقاق النسب والاستيلاد من البائع من حيث أنَّهما لا يحتملان النقض، لكن يرجح إعتاق المشتري على حق استحقاق النسب من البائع بوجه آخر، وهو أن الذي وجد من المشتري حقيقة الإعتاق، وما وجد من البائع حق استحقاق النسب، والحقيقة أقوى من الحق، فلذلك لم نقل بصحَّة دعوة البائع فيما إذا أعتق المشتري الولد.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: فإن كان المشتري أعتق الولد ولم يعتق الأم، ثم ادعى البائع نسب الولد لا تصح دعوته؛ لأن المشتري استحق الولاء بالإعتاق، وأنه بمنزلة النسب لا يمكن إبطاله، ولو ثبتَ نسبه من المشتري لا تصح دعوة البائع، فكذا إذا ثبتَ ولاؤه

بَعْضُ آثَارِ الحُرِّيَّةِ. وَقَوْلُهُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ قَوْلُهُمَا وَعِنْدَهُ يُرَدُّ بِكُلِّ الثَّمَنِ هُوَ الصَّحِيحُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي فَصْلِ المَوْتِ.

للمشتري، وإذا بطلت الدعوة في الولد بطلت في الأم ولا تصير الجارية أم ولد له؛ لأنها تبع الولد في هذه الدعوة على ما ذكرنا، هذا كله فيما إذا علم أن العلوق كان في ملك البائع، فإن كان مشكلًا بأن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا، ولأقل من سنتين من وقت البيع فادَّعاه البائع لا يصح دعوته إلا بتصديق المشتري.

قوله: وَقَوْلُهُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ - أرادَ به ما إذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم - يُرَدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ قَوْلُهُمَا وَعِنْدَهُ يُرَدُّ بِكُلِّ الثَّمَنِ هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عمَّا ذكره الإمام شمس الأئمة في «المبسوط»، والإمام قاضي خان، والإمام المحبوبي رحمهم الله في «الجامع الصغير»، بأن البائع لا يرد كل الثمن عند أبي حنيفة رضي الله عنه، بل يرد ما يخصه الولد من الثمن ويمسك ما يخصه الجارية.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وإذا لم يبطل بيع الجارية لا يجب على البائع رد كل الثمن، بل يجب عليه ردُّ حصة الولد، ثم قال: من المشايخ من قال: على قول أبي حنيفة رحمه الله يسترد كل الثمن؛ لأن أم الولد لا قيمة لها في قوله، وهذا قول يخالف الرواية، وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حتى لم يبطل إعتاق المشتري.

وذكر الفرق لأبي حنيفة رحمه الله في «المبسوط» بين ما إذا ماتت الأم ثم ادعى البائع نسب الولد، وبين ما إذا أعتق المشتري الأم ثم ادعى البائع نسب الولد، ففي الموت يرد البائع جميع الثمن، وفي الإعتاق يرد من الثمن حصة الولد لا حصة الجارية فقال: لأن في الإعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم البائع أنَّها أم ولده حين جعلها معتقة من المشتري، أو مدبَّرة أو أم ولد، فلم يبق لزعمه عبرة، وأمَّا في فصل الموت فبموتها لم يجز الحكم، بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبَرًا في حقه، فلذلك رد جميع الثمن فكان هذا الفرق جوابًا عمَّا ذكره الإمام المحبوبي سؤالًا في «الجامع الصغير»، بعد ما ذكر أن البائع يرد من الثمن ما أصاب الولد ويمسك ما أصاب الجارية بقوله:

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وُلِدَ عِنْدَهُ وَبَاعَهُ المُشْتَرِي مِنْ آخَرَ ثُمَّ ادَّعَاهُ البَائِعُ الأَوَّلُ فَهُوَ ابْنُهُ وَيَبْطُلُ البَيْعُ)؛ لِأَنَّ البَيْعَ يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، وَمَا لَهُ مِنْ حَقِّ الدَّعْوَةِ لا يَحْتَمِلُهُ فَيُنْقَضُ البَيْعُ لِأَجْلِهِ، وَكَذَا إِذَا كَاتَبَ الوَلَدَ أَوْ رَهَنَهُ أَوْ أَجَّرَهُ أَوْ كَاتَبَ الأُمَّ أَوْ رَهَنَهَا أَوْ زَوَّجَهَا ثُمَّ كَانَتِ الدَّعْوَةُ لِأَنَّ هَذِهِ العَوَارِضَ تَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَيُنْقَضُ ذَلِكَ كُلُّهُ وَتَصِحُّ الدَّعْوَةُ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ عَلَى مَا مَرَّ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَاهُ المُشْتَرِي أَوَّلًا ثُمَّ ادَّعَاهُ البَائِعُ حَيْثُ لا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنَ البَائِعِ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ الثَّابِتَ مِنَ المُشْتَرِي لا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَصَارَ كَإِعْتَاقِهِ.

فإن قيل: أليسَ أن البائع لما ادعى فقد أقرَّ أن الجارية أم ولد له، وأن عليه رد جميع الثمن فيعامل معه بإقراره حتى يلزمه ردُّ جميع الثمن، فقال في جوابه: بلى أقرَّ به لكن كذب شرعًا في إقراره متى قضى القاضي بصحَّة العتق من المشتري، والإقرار متى اتصل به التكذيب من القاضي يصير وجوده كعدمه.

فإن قيل: يجبُ أن لا يكون للولد حصة من الثمن؛ لأنه حادث بعد قبض المشتري، ولا حصة للولد الحادث قبل القبض، قلنا: الولد صورة وإن حدث بعد القبض فمن حيث المعنى حادث قبل القبض، فإن البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة، وإن قبض المشتري كما قبل القبض بسبيل من الفسخ قبل الاستهلاك، وإذا كان حادثًا قبل القبض معنًى فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع، وقد استهلكه بالدعوة هاهنا فيصير له حصة من الثمن، كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض.

قوله: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وُلِدَ عِنْدَهُ، أي: كان أصل العلوق في ملكه.

قوله: وَيَبْطُلُ البَيْعُ؛ لِأَنَّ البَيْعَ يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، وتخصيص البيع بأنه يحتمل النقض للاحتراز عن الإعتاق والتدبير، فإنَّهما لا يحتملان النقض، ولا يكون الولد ابن البائع إذا ادَّعاه بعد إعتاق المشتري إذا كذب المشتري البائع في دعواه.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى نَسَبَ أَحَدِ التَّوْأَمَيْنِ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا مِنْهُ) لِأَنَّهُمَا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ، فَمِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ نَسَبِ أَحَدِهِمَا ثُبُوتُ نَسَبِ الآخَرِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّوْأَمَيْنِ وَلَدَانِ بَيْنَ وِلادَتِهِمَا أَقَلُّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَلَا يُتَصَوَّرُ عُلُوقُ الثَّانِي حَادِثًا لِأَنَّهُ لا حَبَلَ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ غُلَامَانِ تَوْأَمَانِ وُلِدَا عِنْدَهُ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا وَأَعْتَقَهُ المُشْتَرِي ثُمَّ ادَّعَى البَائِعُ الَّذِي فِي يَدِهِ فَهُمَا ابْنَاهُ وَبَطَلَ عِتْقُ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ لِمُصَادَفَةِ العُلُوقِ وَالدَّعْوَةِ مِلْكَهُ؛

وقال في «المبسوط»: ولو كان المشتري أعتق الولد أو دبَّره ثم ادعى البائع نسبه لم يصدق على ذلك إذا كذبه المشتري، فإن الولد مقصود بالدعوة، وقد ثبتَ للمشتري ما لا يحتمل النقض وهو الولاء، فيبطل به حق الاستلحاق الذي كان للبائع؛ لأن الولاء كالنسب، وقد بيَّنا أنه لو ثبت النسب من المشتري لم يكن للبائع حق الدعوة، فكذلك إذا ثبت الولاء له.

التَّوْأَم: اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد، يقال: هما توأمان، وقولهم: هُما توأم وهما زوج خطأ، ويقال للأنثى: توأمة، كذا في «المغرب»، ولكن الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ذكر في «المبسوط»: أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة، حتى لو قال: غلامان توأم أو غلامان توأمان، كلاهما صحيحٌ عند أهل اللغة.

قوله: غُلَامَانِ تَوْأَمَانِ وُلِدَا عِنْدَهُ، إلى أن قال: فَهُمَا ابْنَاهُ وَبَطَلَ عِتْقُ المُشْتَرِي، أي: إعتاقه، وتأويل المسألة إذا كان علوقهما جميعًا في ملك المدعي؛ لأن دعوة البائع صحت في الذي عند البائع لمكان الملك والعلوق، فيثبت نسبه، فإذا ثبتَ نسبه يثبت نسب الآخر لانخلاقهما من ماءٍ واحدٍ، وبطل عتق المشتري في المشترى ضرورة، وليس فيه إبطال عتق المشتري حقيقةً، بل يظهر أن إعتاقه لم يصح؛ لما أنه إعتاق الحرِّ، هذا إذا كان أصل العلوق في ملكه، فأمَّا إذا لم يكن أصل العلوق في ملكه والمسألة بحالها يثبت نسب الولدين من البائع أيضـًا؛ لأن حكم التوأمين لا يختلف في حق ثبوت النسب، ويعتق الولد الذي عند البائع على البائع، وعتق المشتري على حاله لا يبطل؛ لأن هذه الدعوة دعوى تحرير لا دعوى استيلاد،

إِذِ المَسْأَلَةُ مَفْرُوضَةٌ فِيهِ ثَبَتَ بِهِ حُرِّيَّةُ الأَصْلِ فِيهِ فَيَثْبُتُ نَسَبُ الآخَرِ، وَحُرِّيَّةُ الأَصْلِ فِيهِ ضَرُورَةٌ لِأَنَّهُمَا تَوأَمَانِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ عِتْقَ المُشْتَرِي وَشِرَاءَهُ لَاقَى حُرِّيَّةَ الأَصْلِ فَبَطَلَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الوَلَدُ وَاحِدًا لِأَنَّ هُنَاكَ يَبْطُلُ العِتْقُ فِيهِ مَقْصُودًا لِحَقِّ دَعْوَةِ البَائِعِ وَهُنَا ثَبَتَ تَبَعًا لِحُرِّيَّتِهِ فِيهِ حُرِّيَّةُ الأَصْلِ فَافْتَرَقَا (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ أَصْلُ العُلُوقِ

لافتقار دعوة الاستيلاد إلى اتصال العلوق بملك من يدعيه، فصار كأن البائع أعتقهما، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الوَلَدُ وَاحِدًا؛ لِأَنَّ هُنَاكَ يَبْطُلُ العِتْقُ فِيهِ مَقْصُودًا، يعني لو بطل عتق المشتري في تلك الصورة إنما يبطل العتق الثابت مقصودًا بسبب حق دعوة البائع وإنه لا يجوز؛ لأن عتق المشتري عتق حقيقي ومن البائع حق الدعوة، والحق أدنى من الحقيقة فلا يعارضها فكيف يرفعها، فلذلك لا يبطل عتق المشتري، وأمَّا في مسألتنا وهي مسألة التوأمين لو بطل عتق المشتري فيما اشتراه إنما يبطل بطريق التبعية لمن هو حر الأصل الذي ثبت مقصودًا من المدعى، وهو دعوة البائع للذي في يده فيصح؛ لأن المبطل لإعتاق المشتري في مسألتنا ثبوت نسب الولد وحرية الأصل، وذلك أمر لا يمكن دفعه فيبطل إعتاق المشتري ضرورة، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

أو نقول: في مسألتنا لا يبطل عتق المشتري الذي ثبتَ منه، بل يظهر بدعوة البائع لما في يده من أحد التوأمين أن إعتاق المشتري لم يلاق محله؛ لأنه ظهر أنه كان حر الأصل وتحرير الحر باطل؛ لأن فيه إثبات الثابت وذلك لا يصح كما ذكرنا من «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَهُنَا - أي: في مسألة التوأمين - ثَبَتَ تَبَعًا لِحُرِّيَّتِهِ فِيهِ حُرِّيَّةُ الأَصْلِ، أي: ثبت بطلان إعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الأصل؛ وذلك لأن دعوة البائع هنا لمَّا كانت دعوة استيلاد استندت حريتهما إلى وقت العلوق؛ لأنه لمَّا ثبتَ به حرية الأصل للذي عنده كان من ضرورته ثبوت حرية الأصل للآخر؛ لأنَّهما خلقا من ماءٍ واحدٍ فلذلك بطل البيع والعتق في الذي اشتراه المشتري وأعتقه، أي: ظهر بطلانهما، فعلى هذا كان إعراب: حُرِّيَّةُ الأَصْلِ، مجرورًا بطريق البدلية من: لِحُرِّيَّتِهِ.

فِي مِلْكِهِ ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ، وَلا يُنْقَضُ البَيْعُ فِيمَا بَاعَ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ لِانْعِدَامِ شَاهِدِ الاتِّصَالِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَحَلِّ وِلَايَتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ رَجُلٍ فَقَالَ: هُوَ ابْنُ عَبْدِي فُلَانٍ الغَائِبِ ثُمَّ قَالَ: هُوَ ابْنِي لَمْ يَكُنِ ابْنَهُ أَبَدًا وَإِنْ جَحَدَ العَبْدُ أَنْ يَكُونَ ابْنَهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

قوله: لِأَنَّ هَذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ؛ لأن أصل علوقهما لمَّا لم يكن في ملك البائع كانت دعوته دعوة التحرير، فكان قوله: هذا ابني مجازًا لقوله: هذا حر، والتوأمان ينفصل أحدهما عن الآخر في الإعتاق، وليس من ضرورة عتق أحدهما بدعوة البائع إبطال البيع وإبطال عتق المشتري في الآخر، والدليل على الفرق أن الجارية المشتركة بين اثنين إذا ولدت فادَّعاه أحدهما، فإن كان أصل العلوق في ملكهما لم يضمن المدعي من قيمة الولد شيئًا، وإن لم يكن أصل العلوق في ملكهما ضمن نصف القيمة لشريكه إن كان موسرًا؛ لأن دعوته دعوة التحرير فجعل كإعتاقه الولد مقصودًا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا اشترى الرجل أحد التوأمين واشترى أبوه الآخر فادعى الذي في يده أنه ابنه ثبتَ نسبه منهما، ويعتق الذي في يد الآخر أيضًا، وقد ثبتَ هناك عتق الذي في يد الآخر مع أن علوق التوأمين لم يكن في ملك المدعي، وفيما نحن فيه قد اشترط لإعتاق ما في يد الآخر كون علوقهما في ملك المدعي.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن المدعي إن كان هو الأب فالابن ملكَ أخاه فعتق عليه، وإن كان المدعي هو الأبن فالأب ملك حافدَه فعتق، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله محالًا إلى «الشافي».

قوله: قَالَ: هُوَ ابْنُ عَبْدِي فُلَانٍ الغَائِبِ - أو الميت - ثُمَّ قَالَ: هُوَ ابْنِي لَمْ يَكُنِ ابْنَهُ أَبَدًا، يعني: سواء صدَّقه العبد الغائب أو كذبه، أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب؛ لأنه أقرَّ بثبوت نسبه من الغير، وذلك يمنع ثبوت النسب منه بدعوته وإقراره حجةٌ في حقه، ثمَّ لو حضر العبد فهو على ثلاثة أوجه:

اللهُ - (وَقَالَا: إِذَا جَحَدَ العَبْدُ فَهُوَ ابْنُ المَوْلَى) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا قَالَ: هُوَ ابْنُ فُلَانٍ وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ. لَهُمَا أَنَّ الإِقْرَارَ ارْتَدَّ بِرَدِّ العَبْدِ فَصَارَ كَأَنْ لَّمْ يَكُنِ الإِقْرَارُ، وَالإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَإِنْ كَانَ لا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ وَالهَزْلُ،

(١) إما أن يصدق المولى بذلك (٢) أو كذبه (٣) أو لم يصدقه ولم يكذبه، ففي الوجه الأول والثالث لم تصح دعوة المولى بعد ذلك بالإجماع، وعلَّل شيخ الإسلام رحمه الله فقال: لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له فبقى إقراره صحيحًا؛ لأن صحته لا يتوقف على التصديق، بل البطلان موقوف على التكذيب، وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كذبه وجحد العبد نسب الصبي من نفسه ثم ادعى المولى نسبه لنفسه لم تصح دعوته عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافًا لهما، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: لكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبَه من المولى.

قوله: وَقَالَا: إِذَا جَحَدَ العَبْدُ فَهُوَ ابْنُ المَوْلَى، يعني إذا ادَّعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبَه.

قوله: لَهُمَا أَنَّ الإِقْرَارَ، هو قوله: هُوَ ابْنُ عَبْدِي فُلَانٍ الغَائِبِ.

قوله: وَالإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَإِنْ كَانَ لا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، أي: وإن كان النسب لا يحتمل النقض.

قوله: أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ، أي: الإكراه يعمل في الإقرار بالنسب، حتى لو أكره على الإقرار بنسوة عبد فأقرَّ لا يجوز، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

أو نقول: وَالإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، أي: حال ابتداء ثبوته فإنه قابل للارتداد وإن كان لا يقبله بعد الثبوت، كردِّ المديون إبراء رب الدين، فإن الإبراء يرتد بالردِّ حال ابتداء الإبراء، أمَّا لو سكت المديون يصح الإبراء من غير قبول، فبعد ذلك لو رده لا يرتد، ونظير هذا أيضًا الأمر بيد المرأة مطلقًا فإنه يرتد بالردِّ عند التفويض، أمَّا بعد ذلك فلا يرتد بالرد.

فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِإِعْتَاقِ الْمُشْتَرَى فَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ ثُمَّ قَالَ أَنَا أَعْتَقْتُهُ يَتَحَوَّلُ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَدَّقَهُ لِأَنَّهُ يَدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ نَسَبًا ثَابِتًا مِنَ الْغَيْرِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُ وَلَمْ يُكَذِّبْهُ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقَرِّ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ تَصْدِيقِهِ فَيَصِيرُ كَوَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ الْمُلَاعِنِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ النَّسَبَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ

وذكر صاحب «المحيط» في مسألة الأمر باليد: ونظير هذا الإقرار، فإن الإقرار يرتد بالرد قبل التصديق وبعده لا، وأمَّا إذا كان الأمر باليد معلقًا فلا يرتد بالرد أصلًا، لا حالة التفويض ولا بعدها، كذا في «الفصول» للإمام الأستروشني رحمه الله.

أو لأن الإقرار متى بطل بتكذيب المقر له بقي من المولى مجرد النفي، فصار كأنه نفاه ثم ادَّعاه، وهناك تصح دعوته كذا هنا، فإنه لو قال لأحد: ليس بابني، ثم قال: هو ابني، تصح دعوته لفقهٍ؛ وهو أنه بقوله هذا: ليس بابني، ينكر أن يكون للابن عليه حقوق مالية، وبقوله: هو ابني، أقرَّ للابن على نفسه بالحقوق المالية، والإقرار بالحقوق على نفسه بعد إنكارها صحيح، كذا في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: كَمَا إِذَا أَقَرَّ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِإِعْتَاقِ الْمُشْتَرَى فَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ ثُمَّ قَالَ - أي: المشتري - **أَنَا أَعْتَقْتُهُ يَتَحَوَّلُ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ**، أي: إلى المشتري فصار كأنه لم يقرأ أصلًا.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ النَّسَبَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ، فلا يبطل بالرد والتكذيب، كمن أقرَّ بحرية عبد إنسان وكذبه المولى لا يبطل إقراره، حتى لو اشترى بعد ذلك يعتق عليه، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

وفي دعوى «المبسوط»: وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: في كلامه الأول إقرار لشيئين: أحدهما ثبوت النسب من الغير، والآخر خروجه عن دعوى هذا النسب أصلًا، وبتكذيب المقر له إنما يبطل ما هو حقه، فأمَّا ما لا حقَّ له فيه فلا يبطل الإقرار فيه بتكذيبه، وخروج المقر من دعوى هذا النسب ليس بحق للمقر له، فبقي الحال بعد التكذيب على ما كان عليه

وَالإِقْرَارُ بِمِثْلِهِ لا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ فَبَقِيَ فَتَمْتَنِعُ دَعْوَتُهُ، كَمَنْ شَهِدَ عَلَى رَجُلٍ بِنَسَبِ صَغِيرٍ فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِتُهْمَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ المُقَرِّ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ تَصْدِيقِهِ، حَتَّى لَوْ صَدَّقَهُ بَعْدَ التَّكْذِيبِ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ، وَكَذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الوَلَدِ فَلَا يَرْتَدُّ بِرَدِّ المُقَرِّ لَهُ. وَمَسْأَلَةُ الوَلَاءِ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وَلَوْ سَلِمَ فَالوَلَاءُ قَدْ يَبْطُلُ بِاعْتِرَاضِ الأَقْوَى كَجَرِّ الوَلَاءِ مِنْ جَانِبِ الأُمِّ إِلَى قَوْمِ الأَبِ. وَقَدِ اعْتَرَضَ عَلَى الوَلَاءِ المَوْقُوفِ مَا هُوَ أَقْوَى وَهُوَ دَعْوَى المُشْتَرِي فَيَبْطُلُ بِهِ،

قبله، والدليل عليه أن بتكذيبه لم يبطل الإقرار؛ لأن النسب ممَّا لا يحتمل الإبطال أصلًا بل بقي موقوفـًا على حقه، حتى لو ادَّعاه ثبتَ نسبه منه فلا يملك المولى دعواه لنفسه في حال توقف نسبه على حق الغير، كَوَلَدِ المُلَاعَنَةِ إذا ادَّعى غير الملاعن نسبه لا يثبت نسبه؛ لأنه بقي موقوفًا على حق الملاعن فمنعَ ذلك صحة دعوة غيره.

وهذا بخلاف الولاء فإنه أثر من آثار الملك، وأصل الملك يحتمل النقل من شخصٍ إلى شخصٍ فكذلك أثره، إلا أنه إنما لا يحتمل الإبطال بعد تقرّر سببه وهو العتق من واحد لعدم تصور ذلك السبب من غيره، حتى لو تصوّر بأن كانت أمة فارتدَّت ولحقت وسُبيت وتملكها رجل وأعتقها كان ولاؤها له دون الأول، بخلاف النسب فردت شهادته لتهمة كالفسق والقرابة، ثم ادعاه الشاهد لنفسه لم تصح دعوته.

قوله: كَجَرِّ الوَلَاءِ مِنْ جَانِبِ الأُمِّ إِلَى قَوْمِ الأَبِ، صورته: معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولادًا، فجنى الأولاد كان عقل جنايتهم على موالي الأم؛ لأن الأب ليس من أهل الولاد فكان الولد ملحقًا بقوم الأم، فإن أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه، هكذا رُوي عن عُمر رضي الله عنه، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَقَدِ اعْتَرَضَ عَلَى الوَلَاءِ المَوْقُوفِ، وهو الولاء من جانب البائع، وإنما سمَّاه موقوفًا؛ لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب.

قوله: مَا هُوَ أَقْوَى وَهُوَ دَعْوَى المُشْتَرِي، وإنما كان دعواه أقوى؛ لأن الملك له قائم

بِخِلَافِ النَّسَبِ عَلَى مَا مَرَّ. وَهَذَا يَصْلُحُ مَخْرَجًا عَلَى أَصْلِهِ فِيمَنْ يَبِيعُ الوَلَدَ وَيَخَافُ عَلَيْهِ الدَّعْوَةَ بَعْدَ ذَلِكَ فَيَقْطَعُ دَعْوَاهُ إِقْرَارُهُ بِالنَّسَبِ لِغَيْرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: هُوَ ابْنِي وَقَالَ المُسْلِمُ هُوَ عَبْدِي فَهُوَ ابْنُ النَّصْرَانِيِّ وَهُوَ حُرٌّ)؛ لِأَنَّ الإِسْلَامَ مُرَجِّحٌ فَيَسْتَدْعِي تَعَارُضًا، وَلا تَعَارُضَ؛ لِأَنَّ نَظَرَ الصَّبِيِّ فِي هَذَا أَوْفَرُ؛ لِأَنَّهُ يَنَالُ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ حَالًا

في حال ظاهر، فكان دعوى الولاء إلى نفسه بسبب الإعتاق مصادفًا محله، لوجود شرطه وهو قيام الملك.

قوله: بِخِلَافِ النَّسَبِ عَلَى مَا مَرَّ، وهو قوله: أَنَّ النَّسَبَ مِمَّا لا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، إلى آخره.

قوله: وَهَذَا يَصْلُحُ مَخْرَجًا - أي: حيلة - عَلَى أَصْلِهِ، أي: على أصل أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: وَيَخَافُ عَلَيْهِ، أي: على البائع، وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: صورته رجل في يديه صبي وُلد في ملكه وهو يبيعه، ولا يأمن المشتري أن يدعيه البائع يومًا فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يأمن المشتري انتقاض البيع بالدعوى عند أبي حنيفة رحمه الله، فإن هذا يكون حيلة عنده.

وفي «الفوائد الظهيريَّة»: الحيلة في هذه المسألة على قول الكل أن يقر البائع: أن هذا ابن عبده الميت، حتى لا يتأتى منه تكذيب فيكون مخرجًا على قول الكل.

قوله: فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: هُوَ ابْنِي وَقَالَ المُسْلِمُ هُوَ عَبْدِي، قال: في «الفوائد الظهيريَّة» وغيرها: وَهُوَ ابْنُ النَّصْرَانِيِّ إذا كانت الدعوتان معًا، فكان في قوله: معًا، إشارة إلى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني بالبنوّة يكون عبدًا للمسلم.

قوله: لِأَنَّ الإِسْلَامَ مُرَجِّحٌ - بكسر الجيم على صيغة اسم الفاعل - فَيَسْتَدْعِي تَعَارُضًا، وَلا تَعَارُضَ، أي: هاهنا، يعني أن الإسلام مرجِّح أينما كان، وعمل الترجيح إنما يكون بعد وجود المعارضة، والمعارضة إنما تكون عند وجود المساواة، ولا مساواة بين الرقية

وَشَرَفَ الإِسْلَامِ مَآلًا، إِذْ دَلَائِلُ الوَحْدَانِيَّةِ ظَاهِرَةٌ، وَفِي عَكْسِهِ الحُكْمُ بِالإِسْلَامِ تَبَعًا وَحِرْمَانُهُ عَنِ الحُرِّيَّةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي وُسْعِهِ اكْتِسَابُهَا (وَلَوْ كَانَتْ دَعْوَتُهُمَا دَعْوَةَ البُنُوَّةِ فَالمُسْلِمُ أَوْلَى) تَرْجِيحًا لِلْإِسْلَامِ وَهُوَ أَوْفَرُ النَّظَرَيْنِ.

والحرية فيما يرجع إلى منفعة الصبي؛ لأن منفعة الحريَّة له أكثر؛ لأنه يمكنه أن يكتسب الإسلام لنفسه ولا يمكنه اكتساب الحرية بنفسه، فلمَّا لم تكن المساواة لم تكن المعارضة؛ لأن شرط المعارضة المساواة في القوة، ولمَّا لم تكن المعارضة بينهما لم يحتج إلى الترجيح بالإسلام، بخلاف ما إذا ادَّعيا نَسبًا فإنَّهما لمَّا تعارضا في دعوة النسب رجحنا جانب المسلم بالإسلام، فجعلناه ابن المسلم لا ابن النصراني لوجود أوان الترجيح.

قوله: وَلَوْ كَانَتْ دَعْوَتُهُمَا دَعْوَةَ البُنُوَّةِ فَالمُسْلِمُ أَوْلَى تَرْجِيحًا، فإن قلتَ: يشكل على هذا ما ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصغير» في تقرير هذه المسألة: أن غلامًا نصرانيًّا قد احتلم لو ادعى رجل نصراني وامرأة نصرانية أنه ابنهما، أو ادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينةً، فبينة الغلام أوْلَى، ولم تترجح بنية المسلمين بإسلامهما بعد وجود المساواة بين الدعوتين في دعوى النسب، فعُلم بِهذا أنَّ ما ذكره في الكتاب: لِأَنَّ الإِسْلَامَ مُرَجِّحٌ، غير مجرى على عمومه.

قلتُ: هو مجرى على عمومه، لكن اعتراض دليل أقوى منه لو أوْجَب عدمه في صورة من الصور على قول من لا يرى تخصيص العلة أو منعه عن العمل في موضع، لوجود دليل أقوى منه على قول من يرى تخصيص العلة، لا يدل على أن الدليل العام الموجب للحكم غير مجرى على عمومه في الإيجاب.

ثم إنما رجحنا هاهنا بينة الغلام على بينة المسلمين لما ذكره في «الذخيرة» فقال: لأن البينتين استويا في الإثبات، فإن كل بينة تثبت النسب بفراش النكاح، وترجحت بينة الغلام من حيث أن الغلام ببنيته يثبت حق نفسه؛ لأن معظم المنفعة في النسب للولد لا للوالدين؛ لأن الولد يُعير إذا لم يكن له أب معروف، والوالد لا يُعير إذا لم يكن له ولد، وبينة من يثبت الحق لنفسه أوْلَى بالقبول؛ لأنه أشبه بالمدعيين، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «البينة

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَتِ امْرَأَةٌ صَبِيًّا أَنَّهُ ابْنُهَا لَمْ تَجُزْ دَعْوَاهَا حَتَّى تَشْهَدَ امْرَأَةٌ عَلَى الوِلادَةِ) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ ذَاتَ زَوْجٍ؛ لِأَنَّهَا تَدَّعِي تَحْمِيلَ النَّسَبِ

على المدعي واليمين على من أنكر»، فكان جنسُ البينات واجبًا على المدَّعي، ومن كان أشْبه به كان بينته أوْلَى بالقبول.

وعلل في «الإيضاح» في هذه المسألة في ترجيح بينة الغلام: أن الرجلين إذا ادعيا عينًا بالشرى من واحد ومع أحدهما قبض، فهو أوْلَى، فكذلك هاهنا بنية الغلام أوْلَى؛ لأنه صاحب يد.

قوله: وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ ذَاتَ زَوْجٍ، ادعت أنه ابنها من الزوج وأنكر الزوج، وإنما لم تصح دعوتهما؛ لأنَّها تحمل النسب على غيرها، وسببُ ثبوت النسب وإن كان قائمًا وهو الفراش، فليسَ من ضرورة السبب الولادة، فلا يثبت الولادة وتعيين الولد إلا بحجة، وشهادة القابلة حجة في ذلك؛ لأن الولادة لا يحضرها الرجال فيقبل فيها قول النساء.

وإنما قيَّد بأن مَعْنَى المَسْأَلَةِ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ ذَاتَ زَوْجٍ؛ لأنه إذا لم يكن لها زوج يكون القول قولها من غير بينةٍ كما في الرجل، على ما ذكر في الكتاب بعد هذا.

ومنهم من أجرى المسألة على إطلاقها وقال: لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لم يكن، وهذا القائل يفرق بين الرجل والمرأة، والفرق هو أن الأصل أن كل من ادعى شيئًا لا يمكنه إثباته بالبينة كان القول قوله فيه من غير بينة، وكل من ادعى معنى يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل قوله إلا بالبينة.

وبيان هذا الأصل أن من قال لامرأته: إن دخلتِ الدار فأنت طالق، فادعت المرأة الدخول وكذبها الزوج لا تصدّق إلا بالبينة؛ لإمكان الإثبات بالبينة، وبمثله لو علق طلاقها بحيضها والمسألة بحالها يقبل قولها من غير بينة؛ لمكان العجز عن الإثبات بالبينة، إذا ثبت هذا فنقول: المرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة؛ لأن انفصال الولد منها ممَّا يشاهد ويعاين، ولا كذلك الرجل؛ لأن الرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق والإحبال لمكان الخفاء والتغيّب عن عيون الناظرين.

عَلَى الغَيْرِ فَلَا تُصَدَّقُ إلَّا بِحُجَّةٍ، بِخِلَافِ الرَّجُلِ؛ لِأَنَّهُ يُحَمِّلُ نَفْسَهُ النَّسَبَ، ثُمَّ شَهَادَةُ القَابِلَةِ كَافِيَةٌ فِيهَا؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ إلَى تَعْيِينِ الوَلَدِ. أَمَّا النَّسَبُ فَيَثْبُتُ بِالفِرَاشِ القَائِمِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَبِلَ شَهَادَةَ القَابِلَةِ عَلَى الوِلَادَةِ» (وَلَوْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً فَلَا بُدَّ مِنْ حُجَّةٍ تَامَّةٍ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَنْكُوحَةً وَلَا مُعْتَدَّةً قَالُوا: يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهَا بِقَوْلِهَا؛

قوله: بِخِلَافِ الرَّجُلِ، أي: يصدق الرجل في دعوى الولد بدون شهادة القابلة لمعنيين:

أحدهما: ما ذكرنا هو أن دعواه دعوى علوق الولد منه، وذلك أمر باطن لا يوقف عليه، فقبل قوله من غير حجة لما ذكرنا، وأمَّا دعوى المرأة دعوى الولادة، والولادة يمكن إثباتها بحجة.

والثاني: أن دعوى الرجل إقرار على نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتربية، أمَّا دعوى المرأة فإقرار على الزوج لا تلزمها شيء من ذلك، والدعوى لا تقبل إلا بحجة، هذا كله مما ذكره الإمام المرغيناني والإمام قاضي خان رحمهما الله.

قوله: وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ فِي أَيْدِيهِمَا، إلى أن قال: فَهُوَ ابْنُهُمَا، هذا إذا كان الصبي لا يعبِّر عن نفسه، فإن كان يعبِّر فالقول له أيُّهما صدق يثبت نسبه منه بتصديقه.

ثم اعلم أنَّ المناقضة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى، حتى أن الصبي إذا كان في يد امرأة فقال رجل: هو ابني منك من زنـًا، وقالت: من نكاح، ثم قال الرجل: من نكاح، ثبتَ النسب منه؛ لأن المناقضة لا تبطل دعوى النسب، وكذا لو قال: هو ابني من نكاح منكِ، وقالت: هو ابنك منِّي من زنـًا، لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح، فإن قالت بعد ذلك: هو ابنك منِّي من نكاح، ثبتَ لما قلنا: أن المناقضة لا تبطل دعوى النسب؛ كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

لِأَنَّ فِيهِ إِلْزَامًا عَلَى نَفْسِهَا دُونَ غَيْرِهَا. (وَإِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ وَزَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهُمَا مِنْهُ وَصَدَّقَهَا فَهُوَ ابْنُهُمَا وَإِنْ لَمْ تَشْهَدِ امْرَأَةٌ) لِأَنَّهُ الْتَزَمَ نَسَبَهُ فَأَغْنَى ذَلِكَ عَنِ الْحُجَّةِ.

(وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ فِي أَيْدِيهِمَا وَزَعَمَ الزَّوْجُ أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْ غَيْرِهَا وَزَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنْ غَيْرِهِ فَهُوَ ابْنُهُمَا) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُمَا لِقِيَامِ أَيْدِيهِمَا أَوْ لِقِيَامِ الْفِرَاشِ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُرِيدُ إِبْطَالَ حَقِّ صَاحِبِهِ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ، وَهُوَ نَظِيرُ ثَوْبٍ فِي يَدِ رَجُلَيْنِ يَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هُوَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ آخَرَ غَيْرِ صَاحِبِهِ يَكُونُ الثَّوْبُ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ يَدْخُلُ الْمُقَرُّ لَهُ فِي نَصِيبِ الْمُقِرِّ لِأَنَّ الْمَحَلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ، وَهَاهُنَا لَا يَدْخُلُ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَحْتَمِلُهَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا عِنْدَهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ غَرِمَ الأَبُ قِيمَةَ الْوَلَدِ

وذكر في «الإيضاح»: إنما لا تبطل دعوى النسب بالتناقض؛ لأن التناقض إنما يثبت بين المتساويين ولا مساواة، فإن دعوى النسب أقوى من النفي.

وذكر فيه أيضاً: إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان، فالنسب ثابت من الزوج؛ لأن سبب ثبات النسب قائم والنسب يثبت حقًّا للصبي، فلا يقبل تصادقهما على إبطال النسب، وكذلك لو كانت المنكوحة أمة أو كان النكاح فاسدًا؛ لأن الفراش قد وجد.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا عِنْدَهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ غَرِمَ الأَبُ قِيمَةَ الوَلَدِ، إلى آخره، والأصل في مسألة الغرور ما رُوي عن يزيد بن عبدالله بن قسيط رضي الله عنه قال: «أبقت أمة فأتت بعض القبائل فانتمت إلى بعض قبائل العرب وتزوَّجها رجل من بني عذرة فنثرت له ذا بطنها، ثم جاء مولاها فرُفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقضى بها لمولاها وقضى على أبي الولد أن يفديَ أولاده الغلام بالغلام والجارية بالجارية».

وفي هذا الحديث دليل على أن ولد المغرور يكون حرًّا بعوض يأخذه المستحق من المغرور، وأخذ بعض العلماء بظاهره وقالوا: مضمون المثل الغلام بالغلام والجارية

يَوْمَ يُخَاصِمُ) لِأَنَّهُ وَلَدُ المَغْرُورِ فَإِنَّ المَغْرُورَ مَنْ يَطَأُ امْرَأَةً مُعْتَمِدًا عَلَى مِلْكِ يَمِينٍ أَوْ نِكَاحٍ فَتَلِدُ مِنْهُ ثُمَّ تُسْتَحَقُّ، وَوَلَدُ المَغْرُورِ حُرٌّ بِالقِيمَةِ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَلِأَنَّ النَّظَرَ مِنَ الجَانِبَيْنِ وَاجِبٌ فَيُجْعَلُ الوَلَدُ حُرَّ الأَصْلِ فِي حَقِّ أَبِيهِ رَقِيقًا فِي حَقِّ مُدَّعِيهِ نَظَرًا لَهُمَا، ثُمَّ الوَلَدُ حَاصِلٌ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ إِلَّا بِالمَنْعِ كَمَا فِي وَلَدِ المَغْصُوبَةِ، فَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الوَلَدِ يَوْمَ الخُصُومَةِ؛ لِأَنَّهُ يَوْمُ المَنْعِ.

بالجارية، وعندنا هو مضمون بالقيمة، وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية، والمراد المماثلة في المالية لا في الصورة، فإنه قد ثبتَ بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونًا بالمثل، كما قال صلَّى الله عليه وسلَّم في العبد بين اثنين: «يعتقه أحدهما إن كان موسرًا ضمن قيمة نصيب شريكه».

إذا عرفنا هذا فنقول: أنه أتت رجلًا فأخبرته أنها حرة فتزوجها على ذلك فولدت ولدًا، ثم أقام مولاها البينة أنها أمته فقضى له بها فإنه يقضي بالولد أيضًا لمولاها؛ لأن استحقاق الأصل سبب لاستحقاق المتولد منه فإنه في حكم الجزء له، وقد ظهر هذا السبب عند القاضي ولم يظهر ما يوجب حرية الولد وهو الغرور، إلا أن يقيم الزوج بينة أنه تزوجها على أنَّها حرة، فإن أقام البينة على هذا فقد أثبت سبب حرية الأولاد، فكان الأولاد أحرارًا لا سبيل عليهم وعلى أبيهم قيمتهم دينًا في ماله حالًا وقت القضاء به دون مال الولد؛ لأن السبب هو المنع وقد وجد من الأب دون الولد، ولا ولاء للمستحق على الولد؛ لأنه علق حر الأصل، وإنما قررنا الرِّق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة له، والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة، كذا في «المبسوط»، ذكره في آخر كتاب الدعوى منه.

قوله: تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الوَلَدِ يَوْمَ الخُصُومَةِ لِأَنَّهُ يَوْمُ المَنْعِ، وذكر في «شرح الطحاوي»: ويغرم قيمة الولد يوم القضاء به؛ لأن الولد يعلق في حق المستولد حرًّا، ويعلق في حق المستحق رقيقًا، فلا يتحول حقه من العين إلى البدل إلا بالقضاء، فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك.

(وَلَوْ مَاتَ الوَلَدُ لا شَيْءَ عَلَى الأَبِ) لِانْعِدَامِ المَنْعِ، وَكَذَا لَوْ تَرَكَ مَالًا؛ لِأَنَّ الإِرْثَ لَيْسَ بِبَدَلٍ عَنْهُ، وَالمَالُ لِأَبِيهِ لِأَنَّهُ حُرُّ الأَصْلِ فِي حَقِّهِ فَيَرِثُهُ (وَلَوْ قَتَلَهُ الأَبُ يَغْرَمُ قِيمَتَهُ) لِوُجُودِ المَنْعِ وَكَذَا لَوْ قَتَلَهُ غَيْرُهُ فَأَخَذَ دِيَتَهُ، لِأَنَّ سَلَامَةَ بَدَلِهِ لَهُ كَسَلَامَتِهِ، وَمَنْعَ بَدَلِهِ كَمَنْعِهِ فَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ كَمَا إِذَا كَانَ حَيًّا (وَيَرْجِعُ بِقِيمَةِ الوَلَدِ عَلَى بَائِعِهِ)؛

قوله: وَلَوْ مَاتَ الوَلَدُ لا شَيْءَ عَلَى الأَبِ، يعنِي: ولو مات الولد قبل الخصومة ليس على الأب شيء من قيمته؛ لأن الولد لو كان مملوكاً على الحقيقة لم يكن مضمونًا، فإن ولد الغصب أمانة عندنا، فإذا لم يكن مملوكاً أَوْلَى أن لا يكون مضمونًا.

قوله: وَكَذَا لَوْ تَرَكَ مَالًا، أي: ولد المغرور إذا ماتَ وترك مالًا لابنه فأخذ أبوه المال لا يجب على الأب للمستحق من قيمة الولد شيء، وهذا لدفع شبهة ترد وهيَ أن رجلًا لو قتل ولد المغرور خطأً فأخذ أبوه ديته يجبُ على أبيه قيمة ولد المغرور للمستحق، كما لو كان الولد حيًّا؛ لما أن ديته قائمة مقام المقتول، فمنع دية الولد كمنع الولد، ففي منع الولد تجب القيمة فكذا في منع ديته على ما ذكر، فعلى هذا كان ينبغي أن يجعل منع تركته بمنزلة منع الولد، فأجاب عنه بقوله: لِأَنَّ الإِرْثَ لَيْسَ بِبَدَلٍ عَنْهُ، بخلاف الدية.

وذكر في «المبسوط»: فإن قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة؛ لأن المنع لا يتحقق فيما لا يصل إلى يده من البدل، فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق؛ لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل، فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد، فإن كان للولد ولد تحرز ديته وميراثه مع الأب، فخرج من الدية مثل القيمة أو دونها قضيت على الأب بمثل ذلك لتحقق المنع في البدل، ولا يقضى به في الدية ولا في تركة الابن؛ لأن هذا الضمان مستحق على الأب لمنعه الولد بالحرية، وإنما تقضى من تركة الابن ما يكون دينًا على الابن، وإن كان الأب ميتًا قضى به في تركته؛ لأنه دين على الأب فيستوفى من تركته.

قوله: وَيَرْجِعُ بِقِيمَةِ الوَلَدِ عَلَى بَائِعِهِ ... كَمَا يَرْجِعُ بِثَمَنِهِ، يعني: يرجع أبو الولد على

لِأَنَّهُ ضَمِنَ لَهُ سَلَامَتَهُ كَمَا يَرْجِعُ بِثَمَنِهِ، بِخِلَافِ العُقْرِ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ لِاسْتِيفَاءِ مَنَافِعِهَا فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى البَائِعِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

البائع بالثمن وبقيمة الولد؛ لأن المبيع لم يسلم وبعقد المعاوضة استحق سلامتها سليمةً عن العيب، ولا عيب فوق الاستحقاق فيكون له أن يرجع بما يغرم بهذا السبب على البائع، ولا يرجع عليه بالعقد عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يرجع عليه بالعُقر كما يرجع عليه بقيمة الولد؛ لأنه ضمان لزمه بسبب فوت السلامة المستحقة له بالعقد.

ولكنا نقول: إنما لزمه العُقر عوضًا عما استوفى من منافع البضع، فلو رجع به سلم المستوفى به مجاناً، والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطئ مجَّاناً، ولا يرجع على الواهب، والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الأولاد عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يرجع به؛ لأن الغرور قد تحقق منه بإيجابه الملك له في المحل، واختاره أنها مملوكته سواءٌ كان بعوض أو بغير عوض.

ولكنا نقول: مجرد الغرور لا يكفي لإثبات حق الرجوع، فإن من أخبَر إنسانًا أن هذا الطريق آمن فسلك فيها فأخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر بشيء، وإنما ثبوت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة؛ لأن صفة السلامة تصير به مستحقة، فأمَّا بعقد التبرع فلا تصير صفة السلامة مستحقة، ولهذا لا يثبت له فيه حق الرد بالعيب فلم يكن له أن يرجع على المتبرع بقيمة الأولاد؛ وهذا لأن عقر التبرع لا يكون سببًا لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه، ألا ترى أن الملك لا يحصل به قبل التسليم لكيلا يلزمه ضمان التسليم، كذا في «المبسوط».

والمشتري يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة الولد، ثم البائع لا يرجع على بائعه بما رجع على المشتري من قيمة الولد في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وفي قولهما يرجع، وكذلك هذا الاختلاف في رجُل باع عبدًا ثم باعه المشتري بعدما قبضه من آخر حتى تداولته الأيدي، ثم إن المشتري الآخر وجد به عيبًا قديمًا كالإصبع الزائدة ونحوها، فقبل أن يرده على بائعه ازداد عنده عيب آخر فله أن يرجع على بائعه بحصة النقصان، وليس للبائع أن يرجع على بائعه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما له أن يرجع، إلى هذا أشار في «المبسوط»، والله أعلم.

(كِتَابُ الإِقْرَارِ)

كتابُ الإقرار

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار، والصلح، والمضاربة، والوديعة، ظاهر التناسب؛ وذلك لأن دعوى المدعي إذا توجهت إلى المدعى عليه فأمره لا يخلو: إمَّا أن يقر أو ينكر، وإنكاره سبب للخصومة، والخصومة مستدعية للصلح، قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَاۖ﴾ [الحجرات: ٩]، وبعد ما حصل له من المال إمَّا بالإقرار أو بالصلح، فأمر صاحب المال بماله لا يخلو: إما أن يستربح منه أو لا، فإن استربح منه فلا يخلو: إما أن يستربح بنفسه أو بغيره، وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرنا هناك بما قبله، وذكر هنا استرباحه بغيره وهو المضاربة، وإن لم يستربح فلا يخلو: إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره، ولم يذكر حفظه بنفسه؛ لأنه لم يتعلق به حكم في المعاملات، فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة.

ثمَّ محاسن الإقرار ظاهرة:

منها: إسقاط لواجب الناس عن ذمته وقطع لألسنتهم عن مذمته.

ومنها: إيصال الحق إلى صاحبه وتبليغ المكسوب إلى كاسبه، فكان فيه إيقاع صاحب الحق وإرضاء خالق الخلق، فكم من صاحب حق لا يعرف حقه، وكم من صاحب ملك مكتوب لا يعلم مقدار ما استحقه.

ومنها: إحماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم إيَّاه بوفاء العهود وإزالة العول.

فنحتاج هاهنا إلى بيان الإقرار لغةً وشرعًا، وبيان سببه، وشرطه، وركنه، وحكمه،

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الحُرُّ البَالِغُ العَاقِلُ بِحَقٍّ لَزِمَهُ إِقْرَارُهُ مَجْهُولًا كَانَ مَا أَقَرَّ بِهِ،

ودليل كونه حجة، وعمله، وأنواع المقر به، وبيان الفرق بين حالة الصحة والمرض.

أمَّا اللغة: فهو إفعال من قرَّ الشيءُ أي: ثبت، والإقرار إثبات لما كان متزلزلًا بين الإقرار والجحود، فكان الإقرار خلاف الجحود، وفي الشرع عبارة عن إخبار بماله ظاهرًا لغيره.

وأمَّا سببه: فإرادة إسقاط الواجب عن ذمته بإخباره وإعلامه لئلا يبقى في تبعه الواجب.

وأمَّا شرطه: فالعقل والبلوغ بلا خلاف، وأمَّا الحرية فهي شرط في بعض الأشياء دون البعض، وكذا الرضاء والطوع شرط حتى لا يصح إقرار المكره.

وأمَّا ركنه فالألفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الإقرار على المقر.

وأمَّا حكمه فلزوم ما أقرَّ به على المقر.

وأمَّا دليل كونه حجة على المقر فما يذكره بعد هذا.

وأمَّا عمله فإظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداءً، والدليل على صحة هذا مسائل:

أحدها: أن الرجل إذا أقرَّ بعين لا يملكه يصح إقراره، حتى لو ملكه المقر يوماً من الدهر يؤمر بالتسليم إلى المقر له، فعُلِم بهذا أن عمل الإقرار بالشيء لا على وجه التمليك به ابتداء لآخر؛ لأنه لا يملك تمليك ما ليس بملوك له.

والثانية: أن الإقرار بالخمر للمسلم يصح إقراره حتى يؤمر بالتسليم إليه، ولو كان تمليكاً مبتدأ لما صح.

والثالثة: أن المريض الذي ليس عليه دين إذا أقرَّ بجميع ماله لأجنبيٍّ صح إقراره ولا يتوقف إقراره على إجازة الوارث، ولو كان تمليكاً لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة.

والرابعة: أن العبد المأذون إذا أقرَّ لرجل بعين في يده صح إقراره، ولو كان الإقرار سببًا للملك كان تبرعًا من العبد وهو لا يجوز في الكثير.

وأمَّا بيان أنواع المقر به فهو في الأصل على نوعين: أحدهما حقوق الله تعالى، والثاني حقوق العباد، ثم حقوق الله تعالى نوعان: أحدهما أن يكون خالصًا كحد الشرب والزنا والسرقة، والإقرار به صحيح من الحر والعبد، ولو رجع المقر عن ذلك قبل الاستيفاء بطل

أَوْ مَعْلُومًا) اعْلَمْ أَنَّ الإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الحَقِّ وَأَنَّهُ مُلْزِمٌ،

الحد لاحتمال الصدق في الرجوع فأورث شبهة، وهذه حدود لا تثبت بالشبهة.

وأمَّا حقوق العباد فأنواع: منها القصاص والدية، ومنها الأموال، ومنها الطلاق والعتاق وحق الشفعة، وأمَّا بيان الفرق بين حالة الصحة والمرض فيجيء بعد هذا إن شاء الله تعالى، كذا في «التحفة»، و«فتاوى قاضي خان» وغيرهما.

قوله: وَأَنَّهُ مُلْزِمٌ، أي: وأن الإقرار ملزم على المقر ما أقرَّ به، وبيان إلزامه ثابت بالكتاب، والسنة، والمعنى المعقول.

أمَّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فلو لم يلزم المقر به على المقر بإقراره لم يرجع إلى إملائه، ولما نهاه عن الكتمان المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾، ألا ترى أنَّ الله تعالى لمَّا نَهى الشهود عن كتمان الشهادة دلَّ على أن بإظهارها يتعلق حكم لازم، فكذلك هاهنا.

وكذلك قوله تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَـٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ۝١٤﴾ [القيامة: ١٤]، قال ابن عباس رضي الله عنهما: أي: شهادة بالحق، وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥]، والمراد به الإقرار وهو أمر ملزم كإلزام قرينه، وهو قوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [النساء: ١٣٥]، فإن الشهادة عليهم أمر ملزم للمشهود به عليهم، فكذا الإقرار.

وأماَّ السنة: فما ذكرها في الكتاب فإن كون الإقرار حجة في الحدود التي تندرئ بالشبهات كان دليلًا على أنه حجة فيما لا يندرئ بالشبهات بالطريق الأولى.

وأمَّا المعنى المعقول: فهو أن المال محبوب المرء طبعًا، فلا يقر لغيره كاذبًا؛ وذلك لأن الإقرار في أصله خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملًا باعتبار ظاهره، والمحتمل لا يكون حجة، ولكن جعل حجة بدليل معقول وهو أنه ظهر رجحان جانب الصدق على جانب الكذب فيه؛ لأنه غير متَّهم فيما يقر به على نفسه، ففي حق الغير ربما تحمله النفس

لِوُقُوعِهِ دَلَالَةً؛ أَلَا تَرَى كَيْفَ أَلْزَمَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَاعِزًا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - الرَّجْمَ بِإِقْرَارِهِ وَتِلْكَ الْمَرْأَةَ بِاعْتِرَافِهَا، وَهُوَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لِقُصُورِ وِلَايَةِ الْمُقِرِّ عَنْ غَيْرِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ. وَشَرَطَ الْحُرِّيَّةَ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ مُطْلَقًا، فَإِنَّ الْعَبْدَ الْمَأْذُونَ لَهُ وَإِنْ كَانَ مُلْحَقًا بِالْحُرِّ فِي حَقِّ الْإِقْرَارِ، لَكِنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ وَيَصِحُّ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عُهِدَ مُوجِبًا لِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ وَهِيَ مَالُ الْمَوْلَى فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ؛ لِأَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ،

الأمارة بالسوء على الإخبار به كاذبًا، وفي حق نفسه النفس الأمارة بالسوء لا تحمله على الإقرار بالكذب، بل ربما تمنعه من الإقرار بالصدق، فلظهور دليل الصدق فيما يقر به على نفسه جعل إقراره حجة عليه، إلى هذا أشار في «المبسوط» وغيره.

قوله: لِوُقُوعِهِ دَلَالَةً، أي: على وجود المخبر به.

قوله: وَتِلْكَ الْمَرْأَةَ بِاعْتِرَافِهَا، وهي الغامدية امرأة من غامد حي من الأزد.

وقوله: لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عُهِدَ مُوجِبًا لِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ، متصل **بقوله:** لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ.

قوله: لِأَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، أي: مسلَّط على الإقرار من جهة المولى.

فإن قلتَ: لا نسلم بأن العبد المأذون مسلط على الإقرار من جهة المولى، فإنه مسلط من جهته على التجارة، والإقرار بالمال غير التجارة؛ لأنه إزالة المال بلا عوض فلا يكون تجارة، ولما لم يكن تجارة ينبغي أن لا يصح إقراره بالمال، كما لا يصح إقراره بالمهر، والكفالة، وقتل الخطأ، وقطع يد رجل عمدًا أو خطأً؛ لأنها ليست بتجارة.

قلتُ: نعم كذلك إلا أنه لا بدَّ للتجارة منه؛ لأن التاجر بالتجارة يلتزم حقوق الناس، فلا بدَّ أن يصح إقراره بما التزم للناس حتى لا يضيع حقوق الناس ويحرم هو عما التزم بالتجارة؛ ولأنه متى لم يصح إقراره انحسم عليه التجارة، فإن الناس لا يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح؛ إذ لا يتهيَّأ لهم الإشهاد في كل تجارة يريدونها بينهم، وإذا لم يكن للتاجر بد

وَبِخِلَافِ الحَدِّ وَالدَّمِ؛ لِأَنَّهُ مُبْقًى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي ذَلِكَ، حَتَّى لا يَصِحَّ إِقْرَارُ المَوْلَى عَلَى العَبْدِ فِيهِ.

وَلا بُدَّ مِنَ البُلُوغِ وَالعَقْلِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ غَيْرُ لازِمٍ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الِالتِزَامِ، إِلَّا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَأْذُونًا لَهُ؛ لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِالبَالِغِ بِحُكْمِ الإِذْنِ، وَجَهَالَةُ المُقَرِّ بِهِ لا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ قَدْ يَلْزَمُ مَجْهُولًا بِأَنْ أَتْلَفَ مَالًا لا يَدْرِي قِيمَتَهُ

من الإقرار صار الإقرار بالمال من التجارة، فلذلك دخل تحت الإذن في التجارة، والحاصل أن دين التجارة صار ملحقًا بالتجارة من حيث أنه لا بدَّ للتجارة منه، ولا كذلك ما ليس هو دين التجارة فإنه لم يلحق به، وما ذكرتَه من الصور من المهر وغيره من قبيل ما هو ليس بدين للتجارة فلا يصح إقراره، كذا في «المبسوط» لشيخ الإسلام رحمه الله، و«الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ مُبْقًى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي ذَلِكَ؛ وذلك لأن وجوب العقوبة بناء على الجناية، والجناية بناء على كونه مكلفًا، وكونه مكلفًا من خواص الآدمية، والعبد مبقى على أصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية، كذا وجدتُ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: وَجَهَالَةُ المُقَرِّ بِهِ لا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ، اعلم أن الجهالة التي تتعلق بالإقرار لا تخلو عن ثلاثة أوجه:

(١) إمَّا أن تكون الجهالة في المقر له (٢) أو في المقر (٣) أو المقر به، فالأولان يمنعان صحة الإقرار بخلاف الثالثة.

أمَّا جهالة المقر له كما إذا قال: لرجل عليَّ ألف درهم، أو يقول: لزيد عليَّ ألف درهم لم يصح الإقرار؛ لأن زيدًا في الدنيا كثير إلا أن يعين، وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الإقرار نحو أن يقول لرجل: لك على أحدنا ألف درهم؛ لأن المقضي عليه مجهول، وجهالة المقر به لا تمنع صحَّة الإقرار والبيان في ذلك إلى المقر؛ لأنه هو المجمل فإليه بيانه، كذا في «شرح الطحاوي».

أَوْ يَجْرَحَ جِرَاحَةً لا يَعْلَمُ أَرْشَهَا أَوْ تَبْقَى عَلَيْهِ بَاقِيَةُ حِسَابٍ لا يُحِيطُ بِهِ عِلْمُهُ، وَالإِقْرَارُ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الحَقِّ فَيَصِحُّ بِهِ، بِخِلَافِ الجَهَالَةِ فِي المُقَرِّ لَهُ؛ لِأَنَّ المَجْهُولَ لا يَصْلُحُ مُسْتَحِقًّا، (وَيُقَالُ لَهُ: بَيِّنِ المَجْهُولَ)؛ لِأَنَّ التَّجْهِيلَ مِنْ جِهَتِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ (فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ أَجْبَرَهُ القَاضِي عَلَى البَيَانِ)؛ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ

قوله: وَالإِقْرَارُ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الحَقِّ فَيَصِحُّ بِهِ، أي: فيصح بكون المقر به مجهولًا.

فإن قلتَ: الشهادة أيضًا إخبار عن ثبوت الحق للمدعي، ومع ذلك يمتنع صحتها بجهالة المشهود به، وهنا لا يمتنع صحة الإقرار بجهالة المقر به مع اشتراكهما في الإخبار عن ثبوت الحق للغير، فما الفرق بينهما؟

قلتُ: الله تعالى لم يجعل أداء الشهادة حجة إلا بعد العلم بالمشهود به، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿٨٦﴾﴾ [الزخرف: ٨٦]، وقال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم للشاهد: «إذا رأيتَ مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»، فمع الجهل لا حاجة إلى الشهادة، بل هو ممنوعٌ عن أدائها، فأمَّا من عليه الحق فمحتاج إلى إظهار ما عليه بإقراره معلومًا كان عنده أو مجهولًا، فقد يعلم أصل الوجوب ويجهل قدر الواجب وصفته، فلهذا صحَّ إقراره بالمجهول؛ ولأن الشهادة لا توجب حقًّا إلا بانضمام القضاء إليها، والقاضي لا يتمكن من القضاء إلا بالمعلوم، فأمَّا الإقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به، فإذا حصل بالمجهول أمكن إزالة الجهالة بالأخبار على البيان، فلهذا صحَّ الإقرار، ولهذا لا يعمل الرجوع عن الإقرار، ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها، كذا في «المبسوط».

قوله: بِخِلَافِ الجَهَالَةِ فِي المُقَرِّ لَهُ، فإن ذلك يمنع صحة الإقرار.

وذكر في «الذخيرة» مسألة محالًا بها إلى «واقعات الناطفي» تدل على أن جهالة المقر له إنما يمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة، أمَّا إذا لم تكن متفاحشة لا تمنع، صورته ما إذا قال: هذا العبد لإحدى هذين الرجلين جاز، ويحتاج إلى أن يحلف لكل واحد منهما، أمَّا لو قال: هذا العبد لواحد من الناس لا يجوز.

الخُرُوجُ عَمَّا لَزِمَهُ بِصَحِيحِ إِقْرَارِهِ وَذَلِكَ بِالبَيَانِ.

قَالَ: (فَإِنْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا لَهُ قِيمَةٌ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنِ الوُجُوبِ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَا لا قِيمَةَ لَهُ لا يَجِبُ فِيهَا) ، فَإِذَا بَيَّنَ غَيْرَ ذَلِكَ يَكُونُ رُجُوعًا.

وقوله: بِصَحِيحِ إِقْرَارِهِ، بالباء الجارة.

قوله: فَإِنْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا لَهُ قِيمَةٌ، بعد أن كان ذلك ممَّا يثبت دينًا في الذمة صحَّ إقراره وبيانه قلَّ ذلك أو كثر، نحو أن يبين أنه حبة، أو فلس، أو جوزة، أو ما أشبه ذلك، كذا في «شرح الطحاوي».

وذكر في «الإيضاح»: ولا بدَّ من أن يبين شيئًا ممَّا يتمانعه الناس ويقصد بالغصب؛ لأن ما لا يقصد به كالتراب لا يسمى غصبًا، ولو بين مما يقصده الناس ولا قيمة له قبل قوله فيه، نحو أن يقر أنه غصب صبيًّا حرًّا أو جلد ميتة، وهذا اختيار مشايخ العراق، وأمَّا اختيار أهل ماوراء النهر لا بدَّ من أن يبين شيئًا له قيمة؛ لأن الإقرار بالغصب إقرار بلزوم موجبه وموجبه الرد، وإنَّما يتكامل وجوب الرد بإيجاب القيمة عند تعذر رد العين، وكذلك إذا فسَّرها بما لا يضمن نحو العقار أو غصبه خمر مسلم.

وذكر في «المبسوط»: رجل قال: غصبتُ من فلان شيئًا فالإقرار صحيح ويلزمه به ما يبينه، ولا بدَّ من أن يبين شيئًا هو مال؛ لأن الشيء حقيقته اسم لما هو موجود مالًا كان أو غير مال، إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه، فالغصب لا يرد إلا على ما هو مال، وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله: اشتريتُ من فلان شيئًا يكون إقرارًا بشراء ما هو مال؛ لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه، ولا بدَّ من أن يبين مالًا يجري فيه التمانع بين الناس، حتى لو فسَّره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه؛ لأن إقراره بالغصب دليل على أنه كان ممنوعًا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه، وهذا ممَّا يجري فيه التمانع، فإذا بين شيئًا بهذه الصفة قبل بيانه؛ لأن هذا بيان مقرر لأصل كلامه، وبيان التقرر صحيح موصولًا كان أو مفصولًا، ثم إن ساعده المقر له على ما نبينه أخذه، وإن ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه؛ لأنه خرج عن موجب إقراره بما بين، فإذا كذبه المقر له فيه صار رادًّا لإقراره بنفي دعواه شيئًا

قَالَ: (وَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ إِنِ ادَّعَى المُقَرُّ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ) لِأَنَّهُ هُوَ المُنْكِرُ فِيهِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ حَقٌّ) لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا لَوْ قَالَ: غَصَبْتُ مِنْهُ شَيْئًا وَيَجِبُ أَنْ

آخر عليه، وهو لذلك منكر فالقول قوله مع يمينه، ويستوي أن يبين شيئاً يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجري فيه التمانع، حتى إذا بين أن المغصوب خمر فالقول قوله، وكذلك إن بين أن المغصوب دار فالقول قوله، وإن كانت لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله.

واختلف المشايخ فيما إذا بين أن المغصوب زوجته أو ولده، فمنهم من يقول: بيانه مقبول؛ لأنه موافق لمبهم كلامه، فإن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادةً، والتمانع فيه يجري بين الناس أكثر مما يجري في الأموال، وأكثرهم على أنه لا يقبل بيانه بهذا؛ لأن حكم الغصب لا يتحقق إلا فيما هو مال، فبيانه بما ليس بمال يكون إنكارًا لحكم الغصب بعد إقراره بسببه، وذلك غير صحيح منه.

وفرق بين هذا وبين الخلع، فإن من خالع امرأته على ما في بيتها من شيء، فإذا ليس في البيت شيء كان الخلع مجاناً، ولم يجعل تسميته الشيء فيه دليلًا على المالية، بخلاف تسمية المتاع؛ لأن الخلع من أسباب الفرقة، والفرقة قد تكون بغير بدل في العادة، فلا يكون فيما صرح به دليل على الماليَّة في الشيء المذكور، فأمَّا الغصب فلا يطلق في العادة إلا فيما هو مال، ولا يثبت حكمه شرعًا إلا فيما هو مال، فالتنصيص عليه دليل على المالية فى الشيء المذكور، والعصير قبل التخمر كان مالًا فسد تقومه بالتخمر شرعًا، وصار المسلم ممنوعًا من تمولها من غير انعدام أصل المالية فيها، ألا ترى أنَّها بالتحلل تصير مالًا متقوماً وهو ذلك العين، فلهذا صحَّ بيانه، ثمَّ الخمر محل لحكم الغصب ولهذا كان غاصب الخمر من الذميّ ضامنًا فلهذا قبل بيانه.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ حَقٌّ، أي: لزمه أن يبين ماله قيمةً؛ لأن هذا معطوف على **قوله:** فَإِنْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا لَهُ قِيمَةٌ.

وقوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى **قوله:** لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنِ الوُجُوبِ، إلى آخره.

يُبَيِّنَ مَا هُوَ مَالٌ يَجْرِي فِيهِ التَّمَانُعُ تَعْوِيلًا عَلَى العَادَةِ. (وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَالٌ فَالمَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي بَيَانِهِ لِأَنَّهُ المُجْمِلُ وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي القَلِيلِ وَالكَثِيرِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَالٌ فَإِنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُتَمَوَّلُ بِهِ (إِلَّا أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِنْ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ لا يُعَدُّ مَالًا عُرْفًا (وَلَوْ قَالَ: مَالٌ عَظِيمٌ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَالٍ مَوْصُوفٍ فَلَا يَجُوزُ إِلْغَاءُ الوَصْفِ وَالنِّصَابُ عَظِيمٌ حَتَّى اُعْتُبِرَ صَاحِبُهُ غَنِيًّا بِهِ، وَالغَنِيُّ عَظِيمٌ عِنْدَ النَّاسِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَهِيَ نِصَابُ السَّرِقَةِ لِأَنَّهُ عَظِيمٌ حَيْثُ تُقْطَعُ بِهِ اليَدُ المُحْتَرَمَةُ، وَعَنْهُ مِثْلُ جَوَابِ

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِنْ دِرْهَمٍ؛ لأن ما دون الدرهم من الكسور لا يطلق اسم المال عليه عادةً، كذا في «المبسوط».

وفيه أيضـًا: ولو قال: له عليَّ مال عظيم من الدراهم فعليه ما يجب فيه الزكاة في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وهو مائتا درهم على قياس مذهبهما عند الوصف بالكثرة، ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله هاهنا، وقيل: مذهبه في هذا الفصل كمذهبهما؛ لأنه في الفصل الأول، أي: في قوله: دراهم كثيرة، بنى على لفظ الدراهم، وذلك غير موجود هاهنا، والأصح أن على قوله يبني على حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغنيّ ليست بعظيمة، وكما أن المائتين عظيم في حكم الزكاة فالعشرة مال عظيم في قطع السرقة وتقدير المقر بها، فيتعارض فيرجع إلى حال الرجل وعلى حاله يبني فيما يبنيه، وعلى قول الشافعي رضي الله عنه البيان إلى المقر في ذلك، فأيّ مقدار بيَّن يؤخذ به؛ لأن الإبهام حصل من جهته وهذا بعيد، فإنه لو قال: عليَّ مالٌ ثم بيَّنه بشيء يقبل ذلك منه، فلا يجوز إلغاء قوله عظيم، ولو قبلنا بيانه في القليل والكثير كنا ألغينا تنصيصه على وصف العظيم، وذلك لا يجوز.

وقوله: وَعَنْهُ مِثْلُ جَوَابِ الكِتَابِ، وهو أن في قوله: لفلان عليَّ مَالٌ عَظِيمٌ لا يُصَدَّقُ

الكِتَابِ، وَهَذَا إِذَا قَالَ مِنَ الدَّرَاهِمِ، أَمَّا إِذَا قَالَ مِنَ الدَّنَانِيرِ فَالتَّقْدِيرُ فِيهَا بِالعِشْرِينَ، وَفِي الإِبِلِ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ؛ لِأَنَّهُ أَدْنَى نِصَابٍ يَجِبُ فِيهِ مِنْ جِنْسِهِ وَفِي غَيْرِ مَالِ الزَّكَاةِ بِقِيمَةِ النِّصَابِ (وَلَوْ قَالَ: أَمْوَالٌ عِظَامٌ فَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ نُصُبٍ مِنْ أَيِّ فَنٍّ سَمَّاهُ) اعْتِبَارًا لِأَدْنَى الجَمْعِ (وَلَوْ قَالَ: دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَعِنْدَهُمَا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ مِائَتَيْنِ)؛ لِأَنَّ صَاحِبَ النِّصَابِ مُكْثِرٌ حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِ مُوَاسَاةُ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ مَا دُونَهُ.

فِي أَقَلَّ مِنْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ.

قوله: وَهَذَا إِذَا قَالَ مِنَ الدَّرَاهِمِ - أي: بيَّن وقال بأن مرادي من المال العظيم الدَّراهم - أَمَّا إِذَا قَالَ، أي: بيَّن.

قوله: لِأَنَّهُ أَدْنَى نِصَابٍ يَجِبُ فِيهِ مِنْ جِنْسِهِ، وإنما اشترط أن يجبَ فيه من جنسه حق حتى يكون عظيمًا؛ لأن عدم إيجاب ما هو من جنسه لقلَّته وقصوره فلا يكون عظيمًا.

قوله: وَلَوْ قَالَ: أَمْوَالٌ عِظَامٌ فَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ نُصُبٍ مِنْ أَيِّ فَنٍّ سَمَّاهُ، يعني: لو قال: لفلان عليَّ أموال عظام، ثم قال: أردت من الأموال الدراهم كان عليه ستمائة درهم، وكذلك في كل جنس يريده، حتى لو أراد به الإبل تجب عليه من الإبل خمسة وسبعون؛ وهذا لأن أقل الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال.

ولو قال: عليَّ مال نفيسٌ أو كريمٌ أو خطيرٌ أو جليلٌ، قال الناطفي: لم أجده منصوصًا، وكان الجرجاني رحمه الله يقول: يلزمه مائتان، ولو قال: عليَّ دُريهم أو دُنينير فعليه درهم تامٌّ ودينار تامٌّ؛ لأن الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير، وقد يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص على الوزن، ولو قال: عليَّ حنطةٌ كثيرةٌ فهذا على خمسة أوساق والوسق ستون صاعًا، وهذا على قولهما؛ لأن النصاب في باب العشر يقدر بهذا، وأمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله فلا نصاب للحنطة فيرجع إلى بيان المقر، ولو قال: غصبته إبلًا كثيرة، فهذا

وَلَهُ أَنَّ العَشَرَةَ أَقْصَى مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ اسْمُ الجَمْعِ، يُقَالُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ثُمَّ يُقَالُ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا فَيَكُونُ هُوَ الأَكْثَرُ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ (وَلَوْ قَالَ دَرَاهِمُ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ) لِأَنَّهَا أَقَلُّ الجَمْعِ الصَّحِيحِ (إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَكْثَرَ مِنْهَا) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَزْنِ المُعْتَادِ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا كَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ العَطْفِ وَأَقَلُّ ذَلِكَ مِنَ المُفَسَّرِ أَحَدَ عَشَرَ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ)؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ بَيْنَهُمَا حَرْفُ العَطْفِ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ مِنَ المُفَسَّرِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ فَيُحْمَلُ كُلُّ وَجْهٍ عَلَى نَظِيرِهِ (وَلَوْ قَالَ كَذَا دِرْهَمًا فَهُوَ دِرْهَمٌ)؛ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لِلْمُبْهَمِ (وَلَوْ ثَلَّثَ كَذَا بِغَيْرِ وَاوٍ فَأَحَدَ عَشَرَ)؛ لِأَنَّهُ لا نَظِيرَ لَهُ سِوَاهُ.

على خمسة وعشرين؛ لأنه إنَّما تكثر إذا وجبت فيه الزكاة من جنسه، وأقل ذلك ما ذكرنا، كذا في «الإيضاح»، و«الذخيرة».

قوله: وَلَوْ قَالَ: كَذَا كَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ، إلى آخره، وعلى هذا الدنانير والكيل والوزن حتى إذا قال: كذا كذا مختومـًا من حنطة، عليه أحد عشر مختومـًا، ولو قال: له عليَّ كذا كذا درهمًا، وكذا كذا دينارًا، لزمه من كل واحد منهما أحد عشر اعتبارًا لحالة الجمع بحالة الإفراد، بخلاف ما لو قال: كذا كذا دينارًا ودرهمًا، فإنه يلزمه أحد عشر منهما، بمنزلة ما لو فسر في الفصلين معًا، فإنه لو قال: أحد عشر دينارًا ودرهمًا، يلزمه من كل واحد منهما النصف، بخلاف ما إذا قال: أحد عشر دينارًا، وأحد عشر درهمًا، فكذلك عند إبهام العددين.

قوله: وَلَوْ قَالَ كَذَا دِرْهَمًا فَهُوَ دِرْهَمٌ، وذكر في «التَّتِمَّة» و«الذخيرة» على خلاف هذا حيث قال في «الذخيرة» محالًا إلى «الجامع الصغير»: إذا قال: لفلان عليَّ كذا درهمًا فعليه درهمان؛ لأن هذا أقل ما يعد؛ لأن الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر.

(وَإِنْ ثَلَّثَ بِالوَاوِ فَمِائَةٌ وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ، وَإِنْ رَبَّعَ يُزَادُ عَلَيْهَا أَلْفٌ) لِأَنَّ ذَلِكَ نَظِيرُهُ.

قَالَ: (وَإِنْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَوْ قِبَلِي فَقَدْ أَقَرَّ بِالدَّيْنِ) لِأَنَّ «عَلَيَّ» صِيغَةُ إِيجَابٍ، وَ «قِبَلِي» يُنْبِئُ عَنِ الضَّمَانِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الكَفَالَةِ. (وَلَوْ قَالَ المُقِرُّ هُوَ وَدِيعَةٌ وَوَصَلَ صُدِّقَ)؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ مَجَازًا حَيْثُ يَكُونُ المَضْمُونُ عَلَيْهِ حِفْظَهُ وَالمَالُ مَحَلَّهُ فَيُصَدَّقُ

قوله: وَإِنْ ثَلَّثَ بِالوَاوِ فَمِائَةٌ وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ، أي: وإن ثلث لفظ كذا وثنّى للواو وقال: لفلان عليَّ كذا وكذا؛ لأن نظيره الذي أرى في المفسر هكذا حيث يقال: لفلان عليَّ مائة وأحد وعشرون، ولا يثلث الواو فكذا في لفظ الكناية عن العدد.

قوله: وَإِنْ رَبَّعَ يُزَادُ عَلَيْهَا أَلْفٌ، أي: وإن ربع لفظ كذا مع تثليث الواو بأن قال: لفلان عليَّ كذا وكذا وكذا وكذا درهمًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ نَظِيرُهُ، أي: لأن أقل العدد الذي يذكر بواوين مائة وأحد وعشرون، وكذلك في التربيع؛ لأن أقل العدد الذي يثلث الواو مع تربيع لفظ العدد في المفسر هذا الذي ذكره مع زيادة الألف حيث يقال: لفلان عليَّ ألف ومائة وأحد وعشرون، فكذا في لفظ الكناية عن العدد.

قوله: لِأَنَّ «عَلَيَّ» صِيغَةُ إِيجَابٍ؛ لأن «عَلَيَّ» كلمة خاصة للإخبار عن الواجب في الذمة، واشتقاقه من العلو وإنما يعلوه إذا كان دينًا في ذمته لا يجد بدًّا من قضائه ليخرج عنه.

وكذلك لو قال: «قِبَلِي» فهو إقرار بالدين؛ لأن هذا عبارة عن اللزوم، ألا ترى أن الصكَّ الذي هو حجة الدين يسمى قبالة، وأن الكفيل يسمى قبيلًا؛ لأنه ضامن للمال، كذا ذكره في باب من الإقرار بألفاظ مختلفة من إقرار «المبسوط».

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: إذا قال الرجل: لفلان عليَّ ألف درهم كان إقرارًا بالدين؛ لأنه إن لم يذكر الدين نصًّا فقد ذكره اقتضاءً؛ لأن قوله «عَلَيَّ» صيغة إيجاب، ومحل الإيجاب الذمَّة وفي الذمَّة يثبت الدين دون العين.

قوله: وَلَوْ قَالَ المُقِرُّ هُوَ وَدِيعَةٌ وَوَصَلَ صُدِّقَ، أي: في قوله: «عَلَيَّ» و«قِبَلِي»؛ لأن آخر كلامه تفسير لأوله فهو محتمل لما فسّره، فإن قوله: «عَلَيَّ» أي: حفظها لا عينها؛ لأن المودع

مَوْصُولًا لا مَفْصُولًا. قَالَ - رَحِمَهُ اللهُ -: وَفِي نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ فِي قَوْلِهِ: قِبَلِي إِنَّهُ إِقْرَارٌ بِالأَمَانَةِ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا حَتَّى صَارَ قَوْلُهُ: لا حَقَّ لِي قِبَلَ فُلَانٍ إِبْرَاءٌ عَنِ الدَّيْنِ وَالأَمَانَةِ جَمِيعًا، وَالأَمَانَةُ أَقَلُّهُمَا وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

(وَلَوْ قَالَ عِنْدِي أَوْ مَعِي أَوْ فِي بَيْتِي أَوْ فِي كِيسِي أَوْ فِي صُنْدُوقِي فَهُوَ إِقْرَارٌ بِأَمَانَةٍ فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ بِكَوْنِ الشَّيْءِ فِي يَدِهِ وَذَلِكَ يَتَنَوَّعُ إِلَى مَضْمُونٍ وَأَمَانَةٍ

ملتزم حفظ الوديعة، ومتى فسَّر كلامه بما هو محتمل كان مقبولًا منه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ قَالَ عِنْدِي، إلى قوله: فَهُوَ أَمَانَةٌ؛ لأن هذه المواضع إنَّما تكون محلًّا للعين لا للدين، فإن الدين محله الذمة، ولو ادعى الطالب أنَّها قرض لم يصدق؛ لأنه ليس في لفظ المقر ما يدل عليه، ولو قال: عندي ألف درهم عارية فهو قرض؛ لأن الإعارة تمليك المنفعة ولا يمكنه الانتفاع إلا بعد الاستهلاك، وإذا استهلك وجبَ عليه ردُّ المثل وهذا هو معنى القرض، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: وَذَلِكَ يَتَنَوَّعُ إِلَى مَضْمُونٍ وَأَمَانَةٍ فَيَثْبُتُ أَقَلُّهُمَا، فإن قلتَ: يشكل على هذا ما لو قال: له قبلي مائة درهم دين وديعة، أو وديعة دين، فهو دين حيث لم يقل هناك بالأمانة، مع أن الأمانة أقلهما في ذكر الدين، والأمانة صريحًا خلا أن فيما نحن فيه تنوع اللفظ إلى الضمان والأمانة بطريق الاحتمال، وفي تلك المسألة ذكر الضمان والأمانة بالصريح، ولا ينبعث منه الفرق.

قلتُ: فيما نحن فيه تنوع اللفظ إلى الضمان، والأمانة إنما نشأ من لفظ واحد وفي تلك المسألة من لفظين بالصريح، والأصل أن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين فإذا جُمع بينهما في الإقرار يترجح الدين، كذا في «المبسوط».

وهذا المعنى هو أن استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الأمانة ممكن لا على العكس؛ لأنه يمكن أن يستعار لفظ الوجوب الذي ينبِي عن وجوب أصل الدين إلى وجوب الحفظ في الأمانة، وأما لفظ الأمانة الذي ينبِي عن عدم الوجوب في الذمة إلى الوجوب

فَيَثْبُتُ أَقَلُّهَا وَهُوَ الأَمَانَةُ. (وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ اتَّزِنْهَا أَوِ انْتَقِدْهَا أَوْ أَجِّلْنِي بِهَا أَوْ قَدْ قَضَيْتُكَهَا فَهُوَ إِقْرَارٌ) لِأَنَّ الهَاءَ فِي الأَوَّلِ وَالثَّانِي كِنَايَةٌ عَنِ المَذْكُورِ فِي الدَّعْوَى، فَكَأَنَّهُ قَالَ: اتَّزِنِ الأَلْفَ الَّتِي لَك عَلَيَّ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَذْكُرْ حَرْفَ الكِنَايَةِ لا يَكُونُ إِقْرَارًا لِعَدَمِ انْصِرَافِهِ إِلَى المَذْكُورِ، وَالتَّأْجِيلُ إِنَّمَا يَكُونُ

في الذمة فلا يصح؛ لأنه حينئذٍ يلزم استعارة الأدنى للأعلى وذلك لا يصح، كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق، وأمَّا في الأول فكان فيه استعارة الأعلى للأدنى وهو صحيح كاستعارة العتاق للطلاق، والاستعارة إنما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد، بل في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين إنما ينظر إلى ما هو الأعلى المحتمل والأدنى المتيقن، فيحمل على الأدنى المتيقن لثبوته يقينًا، كما في لفظ الوكالة إذا قال لآخر: وكلتك بمالي كان هو محمولًا على الحفظ فقط، لتيقنه لا لتصرف في ماله، وكما في قوله: أنت واحدة عند إرادة الطلاق، فإنه محمول على الطلاق الرجعي لقلته وتيقنه لا على البائن.

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ اتَّزِنْهَا، إلى آخره، كما أن ذكر الجواب بالهاء كان إقرارًا فكذلك قوله: نعم، كان إقرارًا أيضًا، حتى لو قال: اقضِني الألف التي عليك، فقال: نعم، فقد أقرَّ بها؛ لأن قوله: نعم، لا يستقل بنفسه فقد أخرجه مخرج الجواب، وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه، فكأنه قال: نعم، أعطيك الألف التي لك عليَّ، ومتى ذكر في موضع الجواب كلامًا يستقل بنفسه يجعل مبتدأً فيه لا مجيبًا، إلا أن يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذٍ لا بدَّ أن يحمل على الجواب، وبيان ذلك إذا قال: سأعطيكها أو غدًا أعطيكها أو سوف أعطيكها، فالهاء والألف كناية عن الألف المذكور، فصار إعادته بلفظ الكناية كإعادته بلفظ الصريح بأن يقول: سأعطيك الألف التي لك عليَّ، وكذا إذا قال: فاقعد فاتَّزِنْها أو فانتقدها، أو لم يقل: اقعد، وقال: اتَّزِنْها أو خذها فلا بدَّ من حمل كلامه على الجواب، بخلاف ما إذا قال: اتَّزِن أو انتقد أو خُذ فهذا لا يكون إقرارًا؛ لأن هذا الكلام يستقل بنفسه وليس فيه ما هو الكناية عن المال المذكور فيحمل على الابتداء؛ لأنه مبتدأ بالكلام حقيقةً فترك هذه الحقيقة إلى أن يجعل كلامه للجواب كان

فِي حَقٍّ وَاجِبٍ، وَالقَضَاءُ يَتْلُو الوُجُوبَ وَدَعْوَى الإِبْرَاءِ كَالقَضَاءِ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا دَعْوَى الصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ يَقْتَضِي سَابِقَةَ الوُجُوبِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ أَحَلْتُكَ بِهَا عَلَى فُلَانٍ؛ لِأَنَّهُ تَحْوِيلُ الدَّيْنِ.

للضرورة، ولا ضرورة هاهنا فجعلناه ابتداءً.

ومعنى قوله: اتَّزِنْ، أي: اقعد وزاناً للناس واكتسب به ولا تؤذِنِي بالدعوى الباطلة، فحصل من هذا كله أن ما لا يستقل كلامًا بنفسه إمَّا بكلمة التصديق أو بالكناية الراجعة إلى المذكور قبله، أو بمعنى من المعانِي كقوله: لم تحل بعد هذا أو ليست اليوم عندي، يكون جوابًا وإقرارًا، وإلا فلا؛ لأن التاء فِي قوله: لم تحل، كناية عن الألف فكان كلامه جوابًا، وهذا اللفظ منه دعوى التأجيل، ولن يكون الأجل إلا بعد وجوب أصل المال، وكذلك لو قال: غدًا؛ لأن هذا غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بدَّ من حمله على الجواب، وهذا استمهال للقضاء للغد فلا يكون ذلك إلا بعد وجوب المال، وكذلك لو قال: والله لا أقضيكها، أو لا أزنها لك اليوم؛ لأنه نفي القضاء والوزن فِي وقتٍ بعينه، وذلك لا يكون إلا بعد وجوب أصل المال عليه، فأمَّا إذا لم يكن أصل المال واجبًا فالقضاء يكون منتفياً أبدًا، فلا يحتاج إلى تأكيد نفي القضاء باليمين؛ لأنه فِي نفسه منتف، كذا فِي «المبسوط».

قوله: وَدَعْوَى الإِبْرَاءِ، بأن قال: أبرأتنِي.

قوله: وَكَذَا دَعْوَى الصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ، يعنِي لو قال: تصدقت بها عليَّ، أو وهبتها لي كان إقرارًا؛ لأن هذا دعوى التمليك منه، ولا يكون ذلك إلا بعد وجوب المال فِي ذمته.

فإن قلتَ: هل من صورة كان تصديق كلام المدعي ورده كلاهما إقرارًا؟

قلتُ: نعم وهو كما ذكرت من قوله: والله لا أقضيكها أو لا أزنها لك اليوم إقرار، وكذلك أقضيكها اليوم أيضاً إقرارٌ، كما أنَّ سأعطيكها أو غدًا أعطيكها إقرارٌ، وكذلك لو قال رجل لآخر: أعطنِي ثوب عبدي هذا، فقال: نعم فقد أقرَّ له بالثوب والعبد، وكذلك لو قال: افتح باب داري هذه، أو جصِّص داري هذه، أو أسرج دابتي هذه، أو أعطنِي سرج بغلي أو لجام بغلي هذا، فقال: نعم فهذا إقرار؛ لما بيَّنا أن نعم غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بدَّ من حمله

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فَصَدَّقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فِي الدَّيْنِ وَكَذَّبَهُ فِي التَّأْجِيلِ لَزِمَهُ الدَّيْنُ حَالًا)؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِمَالٍ وَادَّعَى حَقًّا لِنَفْسِهِ فِيهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِعَبْدٍ فِي يَدِهِ وَادَّعَى الْإِجَارَةَ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِالدَّرَاهِمِ السُّودِ؛ لِأَنَّهُ صِفَةٌ فِيهِ وَقَدْ مَرَّتِ الْمَسْأَلَةُ فِي الكَفَالَةِ.

قَالَ: (وَيَسْتَحْلِفُ الْمُقَرُّ لَهُ عَلَى الأَجَلِ) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ حَقًّا عَلَيْهِ وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُنْكِرِ.

على الجواب؛ لأنه لو لم يحمل عليه صار لغوًا، وكلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن، ولو قال: لا، في جميع ذلك كان إقرارًا أيضاً في بعض نسخ كتاب الإقرار، وفي بعضها لم يكن إقرارًا، وأمَّا إذا قال: لا أعطيكها اليوم أو لا أعطيكها أبدًا فهذا إقرار؛ لأنه صرح بنفي الإعطاء إمَّا مؤبدًا أو مؤقتًا، والكناية المذكورة في كلامه تنصرف إلى ما سبق، وكأنه قال: لا أعطيك سرج بغلك أو لجام بغلك، ولو صرَّح بهذا كان إقرارًا بملك اليمين فكذا في الكناية، كذا في «المبسوط»، فقد جعل كلا طرفي كلام المجيب هاهنا إقرارًا كما ترى.

وفي «الذخيرة»، و«الفتاوي الظهيريَّة»: إذا قال المدعى عليه: كيسه بدوز، أو كيسه بدوزِش، بكسر الزاء لا يكون إقرارًا، وكيسه دوزَش، بفتح الزاء إقرار، ولو قال: قبض كنِش، بكسر النون لا يكون إقرارًا، ولو قال: قبض كنَش، أو: بگيرَش، بفتح الراء فقد اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه إقرار لزمه الدين حالًا، وهذا عندنا، وقال الإمام الشافعي رحمه الله: المال عليه إلى أجله؛ لأنه أقرَّ بمال موصوف بأنه مؤجل إلى وقت، فيلزمه بالوصف الذي أقرَّ به وهذا ليس بشيء، فالأجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال، ولكنه مؤخر للمطالبة إلى مضيِّه، فكان دعواه الأجل كدعواه الإبراء، ذكره في باب الاستيفاء من «المبسوط».

وفرق علماؤنا بين مسألة الإقرار ومسألة الكفالة: ففي الكفالة في دعوى الأجل القول قول الكفيل لا المكفول له، وفي الإقرار القول قول المدعي.

قوله: وَقَدْ مَرَّتِ الْمَسْأَلَةُ فِي كِتَابِ الكَفَالَةِ، أي: في باب الضمان منه ببيان الفرق.

قوله: وَيَسْتَحْلِفُ الْمُقَرُّ لَهُ عَلَى الأَجَلِ، أي: على إنكار الأجل.

(وَإِنْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِائَةٌ وَدِرْهَمٌ لَزِمَهُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ. وَلَوْ قَالَ: مِائَةٌ وَثَوْبٌ لَزِمَهُ ثَوْبٌ وَاحِدٌ، وَالمَرْجِعُ فِي تَفْسِيرِ المِائَةِ إِلَيْهِ) وَهُوَ القِيَاسُ فِي الأَوَّلِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ لِأَنَّ المِائَةَ مُبْهَمَةٌ وَالدِّرْهَمَ مَعْطُوفٌ عَلَيْهَا بِالوَاوِ العَاطِفَةِ لا تَفْسِيرًا لَهَا فَبَقِيَتِ المِائَةُ عَلَى إِبْهَامِهَا كَمَا فِي الفَصْلِ الثَّانِي. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّهُمُ اسْتَثْقَلُوا تَكْرَارَ الدِّرْهَمِ فِي كُلِّ عَدَدٍ وَاكْتَفَوْا بِذِكْرِهِ عَقِيبَ العَدَدَيْنِ. وَهَذَا فِيمَا يَكْثُرُ

وفي «الذخيرة» في الفصل الأول من كتاب الإقرار: ولا يبطل الإقرار بالحلف حتى أن من أقرَّ لرجل بمال ثمَّ أنكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم أقامَ الطالب بيِّنة على إقراره قضى له بالمقر به.

قوله: وَإِنْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِائَةٌ وَدِرْهَمٌ لَزِمَهُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ، وكذا لو قال: مائة ودرهمان، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

وحجتنا في ذلك أن قوله: وَدِرْهَمٌ، بيان للمائة عادةً ودلالةً، أمَّا من حيث العادة فإن الناس يتحرزون عن تطويل العبارات بالتنصيص على الدراهم عند ذكر كل عدد ويكتفون بذكره مرَّة، وهذا شيء لا يمكن إنكاره، ألا ترى أنَّهم يقولون: أحد وعشرون درهمًا، فيكتفون بذكر الدراهم مرَّة ويجعلون ذلك تفسيرًا للكل.

وأمَّا من حيث الدلالة فلأن المعطوف مع المعطوف عليه بمنزلة المضاف مع المضاف إليه؛ إذ كل واحد منهما للتعريف عند الصلاحية، والصلاحية موجودة في المكيلات والموزونات؛ لأنها تثبت في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة.

ويجوز الاستقراض فيها لعموم البلوى جعلنا العطف فيها تفسيرًا، بخلاف قوله: وَثَوْبٌ، وشاة؛ لأن الثوب لا يثبت في الذمة دينًا إلا مبيعًا مسلمًا فيه، والشاة لا تثبت دينًا في الذمة أصلًا، يعني به ثبوتًا لازمًا فلم يصح قوله: وَثَوْبٌ، أن يكون تفسيرًا للمائة؛ لأن قوله: عَلَيَّ مِائَةٌ، عبارة عما يثبت في الذمة مطلقًا ثبوتًا صحيحًا، فلهذا كان البيان إليه، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله في قوله: مِائَةٌ وَثَوْبٌ، أن الكل من الثياب، وكذلك

اسْتِعْمَالُهُ وَذَلِكَ عِنْدَ كَثْرَةِ الوُجُوبِ بِكَثْرَةِ أَسْبَابِهِ وَذَلِكَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، أَمَّا الثِّيَابُ وَمَا لا يُكَالُ وَلا يُوزَنُ فَلَا يَكْثُرُ وُجُوبُهَا فَبَقِيَ عَلَى الحَقِيقَةِ. (وَكَذَا إِذَا قَالَ: مِائَةٌ وَثَوْبَانِ) لِمَا بَيَّنَّا (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: مِائَةٌ وَثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ وَأَعْقَبَهَا تَفْسِيرًا إِذِ الأَثْوَابُ لَمْ تُذْكَرْ بِحَرْفِ العَطْفِ فَانْصَرَفَ إِلَيْهِمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الحَاجَةِ إِلَى التَّفْسِيرِ فَكَانَتْ كُلُّهَا ثِيَابًا.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِتَمْرٍ فِي قَوْصَرَّةٍ لَزِمَهُ التَّمْرُ وَالقَوْصَرَّةُ) وَفَسَّرَهُ فِي الأَصْلِ بِقَوْلِهِ:

في قوله: مِائَةٌ وَشَاةٌ، ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة، بخلاف العبيد فإنها لا تقسم قسمة واحدة، وما يقسَم قسمة واحدة يتحقق في إعدادها المجانسة، فيمكن أن يجعل المفسَّر منه تفسيرًا للمبهم.

ولو قَالَ: مِائَةٌ وَثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ، فالكل من الثياب بالاتفاق؛ لما أنه عطف العدد المبهم على العدد المبهم، ثم فسّر بما يصلح أن يكون تفسيرًا للكل فيكون الكل من الثياب، والقول في بيان جنسها قول المقرّ، وحاصله أن المعطوف عليه كما يصلح تفسيرًا للمعطوف في قوله: له عليّ عشرة دراهم ودانق، فالدانق فضّة؛ لأنه عبارة عن سدس الدرهم والمعطوف من جنس المعطوف عليه، وكذلك لو قال: عشرة دراهم وقيراط، فالقيراط من الفضة؛ لأن المعطوف من جنس المعطوف عليه؛ لأن الدرهم أربعة عشر قيراطـًا، كذلك يصلح أن يكون المعطوف تفسيرًا للمعطوف عليه في قوله: عَلَيَّ مِائَةٌ وَدِرْهَمٌ ونحوه، كذا في «المبسوط».

قوله: فَبَقِيَ عَلَى الحَقِيقَةِ، وهي أن يكون بيان المحمل موقوفـًا إلى المحمل لا إلى المعطوف؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه فلا يصلح تفسيرًا له في الأصل، إلا إذا دعت الضرورة إلى كونه تفسيرًا له، وهو فيما يكثر وجوبه في الذمة.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ: مِائَةٌ وَثَوْبَانِ - أي: يرجع في بيان المائة إلى المقر؛ - لِمَا بَيَّنَّا، وهو **قوله:** أَمَّا الثِّيَابُ وَمَا لا يُكَالُ وَلا يُوزَنُ لا يَكْثُرُ وُجُوبُهَا.

قوله: فَانْصَرَفَ إِلَيْهِمَا، أي: العددين المبهمين.

غَصَبْتُ تَمْرًا فِي قَوْصَرَّةٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّ القَوْصَرَّةَ وِعَاءٌ لَهُ وَظَرْفٌ لَهُ، وَغَصْبُ الشَّيْءِ وَهُوَ مَظْرُوفٌ لا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الظَّرْفِ فَيَلْزَمَانِهِ وَكَذَا الطَّعَامُ فِي السَّفِينَةِ وَالحِنْطَةُ فِي الجَوَالِقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: غَصَبْتُ تَمْرًا مِنْ قَوْصَرَّةٍ لِأَنَّ كَلِمَةَ مِنْ لِلانْتِزَاعِ فَيَكُونُ الإِقْرَارُ بِغَصْبِ المَنْزُوعِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَابَّةٍ فِي إِصْطَبْلٍ لَزِمَهُ الدَّابَّةُ خَاصَّةً) لِأَنَّ الإِصْطَبْلَ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالغَصْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُهُمَا وَمِثْلُهُ

القوصرة: بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب، وقولهم: إنما يُسمَّى بذلك ما دام فيها التمر وإلا فهي زنبيل مبنيٌّ على عرفهم، كذا في «المغرب».

والأصل في جنس هذه المسائل أنَّ ما كان الثانِي ظرفاً للأول ووعاء له لزماه نحو: ثوب في منديل، وطعام في سفينة، وحنطة في جوالق، وإن كان الثانِي ممَّا لا يكون وعاء للأول نحو قوله: غصبتك درهمًا في درهم، لم يلزمه الثانِي؛ لأنه غير صالح أن يكون ظرفاً لما أقرَّ بغصبه أوَّلًا، فلغا آخر كلامه، هذا في كلمة (في)، وأمَّا الحكم في كلمة (من) فما ذكره في الكتاب، وهو أن يكون إقرارًا بالغصب في الأول خاصةً؛ لأن كلمة (من) للتبعيض فإنما يفهم منه الانتزاع، وأمَّا الحكم في كلمة (على) نحو أن يقول: غصبته إكافاً على حماره، فكان إقرارًا بغصب الإكاف خاصة، والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه، وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضياً غصب المحل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمَنْ أَقَرَّ بِدَابَّةٍ فِي إِصْطَبْلٍ لَزِمَهُ الدَّابَّةُ خَاصَّةً، ولم يقل: كان إقرارًا بالدابة خاصة؛ لما أنَّ هذا الكلام إقرار بهما جميعًا، إلا أن اللزوم على قولهما، أي: على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الدابة خاصة؛ لأنه ذكر في «المبسوط» بهذا الطريق وقال: ولو قال: غصبتك طعامًا في بيت، كان هذا بمنزلة قوله: طعامًا في سفينة؛ لأن البيت قد يكون وعاءً للطعام فيكون إقرارًا بغصب البيت والطعام، إلا أن الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر؛ لأنه ممَّا لا ينقل

الطَّعَامُ فِي البَيْتِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِخَاتَمٍ لَزِمَهُ الحَلَقَةُ وَالفَصُّ) لِأَنَّ اسْمَ الخَاتَمِ يَشْمَلُ الكُلَّ. (وَمَنْ أَقَرَّ لَهُ بِسَيْفٍ فَلَهُ النَّصْلُ وَالجَفْنُ وَالحَمَائِلُ) لِأَنَّ الِاسْمَ يَنْطَوِي عَلَى الكُلِّ. (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَجَلَةٍ فَلَهُ العِيدَانُ وَالكِسْوَةُ) لِانْطِلَاقِ الِاسْمِ عَلَى الكُلِّ عُرْفًا. (وَإِنْ قَالَ غَصَبْتُ ثَوْبًا فِي مِنْدِيلٍ لَزِمَاهُ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ ظَرْفٌ لِأَنَّ الثَّوْبَ يُلَفُّ فِيهِ. (وَكَذَا لَوْ قَالَ عَلَيَّ ثَوْبٌ فِي ثَوْبٍ) لِأَنَّهُ ظَرْفٌ. بِخِلَافِ قَوْلِهِ: دِرْهَمٌ فِي دِرْهَمٍ حَيْثُ يَلْزَمُهُ

ولا يحول، والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل، وإن قال: لم أحوّل الطعام من موضعه، لم يصدق في ذلك؛ لأنه أقرَّ بغصب تام، وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل، فكان هو في قوله: لم أنقله، راجعًا عمَّا أقرَّ به فلم يصدق فكان ضامنًا للطعام، وفي قول محمد رحمه الله هو ضامنٌ للبيت أيضًا.

قوله: وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِخَاتَمٍ لَزِمَهُ الحَلَقَةُ وَالفَصُّ، إلى آخره، إذا أقرَّ الرجل أن هذه الدار لفلان، أو أقرَّ أن هذه الأرض لفلان وفيها أشجار أو نخيل، أو أقرَّ أن هذا الخاتم لفلان وفيه فصٌّ، ثم إن المقر أقام بيِّنة بعد ذلك أن البناء والنخيل والأشجار والفص له لم يصدق ولم تقبل بينته، أمَّا إذا قال: هذا الخاتم لي وفصه لك، هذا السيف لي وحليته لك، هذه الجبة لي وبطانتها لك، وقال المقر له: الكل لي، فالقول ما أقرَّ به المر، فبعد ذلك يُنظر إن لم يكن في نزع المقر له ضرر للمقر يؤمر المقرُّ بالنزع والدفع إلى المقر له، وإن كان في النزع ضرر فواجب على المقر أن يعطيه قيمة ما أقرَّ به، كذا في «الذخيرة».

النَّصْلُ: حديدة السيف، **وَالجَفْنُ**: الغمد، **وَالحَمَائِلُ**: جمع الحِمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف، **الحَجَلَةُ**: بيت يزيَّن بالثياب والأسرة، **والعِيدَانُ**: برفع النون جمع عود وهو الخشب، كالديدان في جمع دود.

قوله: وَإِنْ قَالَ: ثَوْبٌ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، كذا في «المبسوط».

وَاحِدٌ لِأَنَّهُ ضَرْبٌ لا ظَرْفٌ (وَإِنْ قَالَ: ثَوْبٌ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ لَمْ يَلْزَمْهُ إلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ ثَوْبًا)؛ لِأَنَّ النَّفِيسَ مِنَ الثِّيَابِ قَدْ يُلَفُّ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ فَأَمْكَنَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَرْفَ «فِي» يُسْتَعْمَلُ فِي البَيْنِ وَالوَسَطِ أَيْضًا، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ [الفجر: ٢٩] أَيْ بَيْنَ عِبَادِي، فَوَقَعَ الشَّكُّ وَالأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَمِ، عَلَى أَنَّ كُلَّ ثَوْبٍ مُوعًى وَلَيْسَ بِوِعَاءٍ فَتَعَذَّرَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ فَتَعَيَّنَ الأَوَّلُ مَحْمَلًا. (وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ خَمْسَةٌ فِي خَمْسَةٍ يُرِيدُ الضَّرْبَ وَالحِسَابَ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ)؛ لِأَنَّ الضَّرْبَ لا يُكَثِّرُ

قوله: لِأَنَّ النَّفِيسَ مِنَ الثِّيَابِ قَدْ يُلَفُّ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ فَأَمْكَنَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ، فحينئذٍ كان بمنزلة قوله: حنطة في جوالق، أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير فيصير كأنه قال: عشرة أثواب في ثوب، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن العشرة لا تكون وعاء، معناه أن الوعاء غير الموعى، والثوب إذا لفَّ في ثياب فكل ثوب يكون موعىً في حق ما وراه، فلا يكون وعاء إلا الثوب الذي هو ظاهر، فإذا كان لا يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوًا، وحمله على التقديم والتأخير لا معنى له، فإنه اشتغل بإيجاب المال في ذمته بالمحتمل.

وأمّا قوله: لِأَنَّ النَّفِيسَ مِنَ الثِّيَابِ قَدْ يُلَفُّ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ، فهو منقوض على أصله، فإنه لو قال: غصبته كرباسًا في عشرة أثواب حرير عند محمد رحمه الله يلزمه الكل في هذه الصورة أيضًا، مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس عادةً، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ خَمْسَةٌ فِي خَمْسَةٍ، إلى أن قال: لَزِمَهُ خَمْسَةٌ، ولو قال: لفلان عليَّ عشرة دراهم في عشرة دراهم فعليه عشرة دراهم عندنا، وقال زفر رحمه الله: عليه عشرون، وقال الحسن ابن زياد: عليه مائة درهم، وجه قول الحسن أن العشرة في العشرة عند أهل الحساب مائة، فإقراره بهذا اللفظ محمول على ما هو معلوم عند أهل الحساب.

الْمَالَ. وَقَالَ الْحَسَنُ: يَلْزَمُهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ (وَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ خَمْسَةً مَعَ خَمْسَةٍ لَزِمَهُ عَشَرَةٌ) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ. (وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إلَى عَشَرَةٍ أَوْ قَالَ مَا بَيْنَ دِرْهَمٍ إلَى عَشَرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَيَلْزَمُهُ الِابْتِدَاءُ وَمَا بَعْدَهُ وَتَسْقُطُ الغَايَةُ، وَقَالَا: يَلْزَمُهُ العَشَرَةُ كُلُّهَا) فَتَدْخُلُ الغَايَتَانِ. وَقَالَ زُفَرٌ: يَلْزَمُهُ ثَمَانِيَةٌ وَلا تَدْخُلُ الغَايَتَانِ.

ولكنا نقول: أن حساب الضرب في الممسوحات لا في الموزونات، مع أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المال، وعشرة دراهم وزنًا وإن تكثر أجزاؤها لا تصير أكثر من عشرة، وزفر رحمه الله يقول: حرف (في) بمعنى حرف (مع)، قال الله تعالى: ﴿فَٱدْخُلِي فِي عِبَٰدِي ۝٢٩﴾ [الفجر: ٢٩]، أي: مع عبادي، فيحمل على هذا تصحيحًا للآية.

ولكنا نقول: حقيقة حرف (في) للظرف، والدراهم لا تكون ظرفـًا للدراهم، واستعماله في غير الظرف مجاز، والمجاز قد يكون بمعنى حرف (مع) وقد يكون بمعنى حرف (على)، قال الله تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ [طه: ٧١]، أي: على جذوع النخل، وليس أحدهما أَوْلَى من الآخر، بقي المعتبر حقيقة كلامه فيلزمه عشرة بأول كلامه، وما ذكره في آخره لغو.

وكذلك لو قال: في عشرة دنانير، إلا أن يقول: عنيتُ هذه وهذه فحينئذٍ يعمل بيانه؛ لأنه بين أنه استعمل (في) بمعنى (مع) أو بمعنى واو العطف، كذا في «المبسوط»، ولم يذكر في الكتاب ولا في «المبسوط» أنه لو أراد به معنى (على) ما حكمه عند علمائنا؟

وذكر في «الذخيرة»: أن حكمه أيضـًا كحكم (في)، حتى لو قال: لفلان عليَّ عشرة في عشرة، ثم قال: عنيتُ به عليَّ عشرة، أو قال: عنيتُ به الضرب، لزمته عشرة عند علمائنا.

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إلَى عَشَرَةٍ، إلى أن قال: **وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَلْزَمُهُ ثَمَانِيَةٌ وَلا تَدْخُلُ الغَايَتَانِ**، والقياس ما قاله زفر رحمه الله، فإنه جعل الدرهم الأول والآخر حدًّا، ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال: لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط، أو ما بين

(وَلَوْ قَالَ لَهُ مِنْ دَارِي مَا بَيْنَ هَذَا الحَائِطِ إِلَى هَذَا الحَائِطِ فَلَهُ مَا بَيْنَهُمَا وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الحَائِطَيْنِ شَيْءٌ) وَقَدْ مَرَّتِ الدَّلَائِلُ فِي الطَّلَاقِ.

هذين الحائطين، لا يدخل الحائطان في الإقرار، فكذلك هاهنا لا يدخل الحدان؛ لأن الحد غير المحدود.

وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا: هذا هو كذلك في حد هو قائم بنفسه كما في المحسوسات، فأمَّا فيما ليس بقائم بنفسه فلا؛ لأنه إنما يتحقق كونه حدًّا إذا كان واجبًا، فأما ما ليس بواجب فلا يتصور حدًّا لما هو واجب، وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: الأصل ما قاله زفر رحمه الله أن الحد غير المحدود، وما لا يقوم بنفسه حد ذكرًا وإن لم يكن واجبًا، إلا أن الغاية الأولى لا بدَّ من إدخالها؛ لأن الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الأول؛ ولأن الكلام يستدعي ابتداءً، فإذا أخرجنا الأول من أن يكون واجبًا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من أن يكون واجبًا، ثم الثالث والرابع هكذا بعده، فلأجل هذه الصورة أدخلنا فيه الغاية الأولى، ولا ضرورة في إدخال الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس، ولو قال: له عليَّ ما بين كرّ شعير إلى كرّ حنطة، فعليه في قول أبي حنيفة رحمه الله كرّ شعير وكرّ حنطة إلا قفيز حنطة، إلا أن القفيز الآخر من الحنطة هو الغاية الثانية، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه الكران، ولو قال: له عليَّ ما بين عشرة دراهم إلى عشرة دنانير فعند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه الدراهم وتسعة دنانير، وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير، وقوله من كذا إلى كذا بمنزلة قوله ما بين كذا وكذا في جميع ما ذكرنا، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ)

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ: لِحَمْلِ فُلَانَةَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَإِنْ قَالَ أَوْصَى لَهُ فُلَانٌ أَوْ مَاتَ أَبُوهُ فَوَرِثَهُ فَالإِقْرَارُ صَحِيحٌ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبٍ صَالِحٍ لِثُبُوتِ المِلْكِ لَهُ (ثُمَّ إذَا جَاءَتْ بِهِ فِي مُدَّةٍ يُعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ قَائِمًا وَقْتَ الإِقْرَارِ لَزِمَهُ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ مَيِّتًا فَالمَالُ لِلْمُوصِي

فصلٌ

لمَّا تغيرت المسائل صورةً ومعنًى وتجنست في نفسها بأنَّها مسائل الحمل أتى بفصل على حدة لها، إلا أنه ألحق مسألة الخيار بها اتباعًا «للمبسوط» فإن فيه هكذا.

ثم اعلم أن الإقرار للحمل على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبين سببًا مستقيمًا، والثاني: أن يبين سببًا مستحيلًا، والثالث: أن يقر للجنين بمال مطلق من دين أو عين.

أمَّا الأول: فإنه إذا بين سببًا مستقيمًا بأن يقول: لما في بطن فُلَانَةَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ، من جهة ميراث ورثه عن أبيه فاستهلكته، أو وصية أوصى له بها فاستهلكته فهذا صحيح؛ لأنه بين سببًا مستقيمًا لو عايناه حكمنا بوجوب المال عليه، فكذا إذا ثبت بإقراره؛ وهذا لأن هذا الإقرار في الحقيقة للمورث والموصي، فإن المال مبقى على حاله ما لم يصرف إلى وارثه، أو إلى من أوصى له به، وذلك المورث والموصي من أهل الإقرار له، فهو نظير ما لو قال: لدابة فلان عليَّ ألف درهم أوصى لها بالعلف واستهلكته.

قوله: ثُمَّ إذَا جَاءَتْ بِهِ فِي مُدَّةٍ يُعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ قَائِمًا - أي: موجودًا - وَقْتَ الإِقْرَارِ لَزِمَهُ، ثم أن العلم بأن الولد كان موجودًا وقت الإقرار بوجهين: أحدهما حقيقي والآخر حكمي،

وَالمُورِّثِ حَتَّى يُقْسَمُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي الحَقِيقَةِ لَهُمَا، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الجَنِينِ بَعْدَ الوِلَادَةِ وَلَمْ يَنْتَقِلْ (وَلَوْ جَاءَتْ بِوَلَدَيْنِ حَيَّيْنِ فَالمَالُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ قَالَ المُقِرُّ بَاعَنِي أَوْ أَقْرَضَنِي لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ)؛ لِأَنَّهُ بَيَّنَ مُسْتَحِيلًا.

فالحقيقي هو ما إذا وضعته لأقل من ستة أشهر، وأمَّا الحكمي فهو ما إذا وضعته لأكثر من ستة أشهر، لكن المرأة تعتد بعد، فحينئذٍ إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكماً بوجوده في البطن حين مات الموصي والمورث، وأمَّا إذا لم تكن معتدة وجاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئاً.

قوله: فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدَيْنِ حَيَّيْنِ فَالمَالُ بَيْنَهُمَا، لكن إذا كان ذكرين أو أنثيين كان المال بينهما نصفين، وإن كان أحدهما ذكر والآخر أنثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين، وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين.

قوله: لِأَنَّهُ بَيَّنَ مُسْتَحِيلًا؛ لأن البيع والاقتراض لا يتصوران من الجنين حقيقة ولا حكماً، أمَّا الحقيقة فلا تشكل، وأمَّا الحكم فلأنه لا ولاية لأحد على الجنين، حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافًا إليه من هذا الوجه، وإذا كان ما بيَّنه من السبب محالًا صار كلامه لغوًا فلا يلزمه شيء.

فإن قيل: فهذا يكون رجوعًا عن الإقرار إذًا، والرجوع عن الإقرار لا يصح وإن كان موصولاً.

قلنا: لا كذلك، بل هو بيان سبب محتمل، فقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين تثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله، ثم يقر بذلك المال للجنين بناءً على ظنه ويبين سببه، ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلًا فكان كلامه هذا بيانًا لا رجوعاً، فلهذا كان مقبولًا منه، هذا كله من «المبسوط».

فإن قلتَ: كما أن البيع والإقرار لا يتصوران من الجنين فكذلك لا يتصوران من الصبي الرضيع أيضاً، ومع ذلك لو أقرَّ أن عليه ألف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع أو الإقراض أو الإجارة فإنه صحيح يؤاخذ به.

قَالَ: (وَإِنْ أُبْهِمَ الإِقْرَارُ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَصِحُّ)؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ مِنَ الحُجَجِ فَيَجِبُ إِعْمَالُهُ وَقَدْ أَمْكَنَ بِالحَمْلِ عَلَى السَّبَبِ الصَّالِحِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الإِقْرَارَ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الإِقْرَارِ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، وَلِهَذَا حُمِلَ إِقْرَارُ العَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ وَأَحَدِ المُتَفَاوِضِينَ عَلَيْهِ فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِهِ.

قلتُ: الرَّضيع إن كان لا يتجر هو بنفسه لكنه هو من أهل أن يستحق الدين لهذا السبب بتجارة وليه، وكذلك الإقراض إن كان لا يتصور منه لكن يتصور من نائبه وهو القاضي أو الأب بإذن القاضي، وإذا تصور الإقراض من نائبه جاز للمقر إضافة الإقرار إليه؛ لأن فعل النائب قد يضاف إلى المنوب كما يقال: فلان بنى داره، وإن بنى أجراؤه بأمره، وأمَّا الإقراض من الجنين لا يتصور لا منه ولا من نائبه؛ لأنه لا يلي ولا يولى عليه، فكان ما أقرَّ به كذبًا محضًا لم يمكن تصحيحه بوجه، فلا يتعلق به حكم فكان وجوده وعدمه بمنزلة، فصار كمن أقرَّ أنه قطع يد فلان خطأ أو عمدًا ويد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الإقرار شيء؛ لأنه كذب بيقين، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: وَقَدْ أَمْكَنَ بِالحَمْلِ عَلَى السَّبَبِ الصَّالِحِ، وهو أن يقول: أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه؛ وهذا لأنه لمَّا تردد كلامه بين الصحة والفساد حمل على الصحة حملًا لكلام العاقل على الصلاح، وعملًا بحجة الإقرار بقدر الإمكان، قياسًا على العبد المأذون أو الصبي المأذون إذا أقرَّ لرجل بدين كان الإقرار صحيحًا؛ لأنه احتمل الجواز بأن كان من التجارة، واحتمل الفساد بأن كان صادقًا أو دين كفالة، فكذلك هذا الإقرار احتمل الجواز بأن حمل على الميراث أو الوصية، والفساد بأن حمل على التجارة فوجبَ أن يحمل على وجه يصح تحريًا للجواز وتصحيحًا لكلام العاقل.

ولأبي يوسف رحمه الله وجهان: أحدهما ما ذكر في الكتاب، وهو أَنَّ الإِقْرَارَ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الإِقْرَارِ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، فصار كأنه فسَّر به كما حُمِلَ إِقْرَارُ العَبْدِ المَأْذُونِ وَأَحَدِ المُتَفَاوِضِينَ عَلَيْهِ، أي: على الإقرار بسبب التجارة، ولم يحمل على الإقرار بغير التجارة كدين

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَمْلِ جَارِيَةٍ أَوْ حَمْلِ شَاةٍ لِرَجُلٍ صَحَّ إِقْرَارُهُ وَلَزِمَهُ) لِأَنَّ لَهُ وَجْهًا صَحِيحًا وَهُوَ الوَصِيَّةُ بِهِ مِنْ جِهَةِ غَيْرِهِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ.

المهر وأرش الجناية، حتى يؤاخذ العبد به في حال رقه ويؤاخذ الشريك الآخر، وفي الإقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر أبدًا، إليه أشار في «المبسوط».

والثاني هو ما ذكره في «الذخيرة» فقال: بأن هذا إقرار صدر من أهله لأهله، وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله محمد رحمه الله، إلا أنَّ حمله على الجواز متعذر؛ لأن الجواز له وجهان: الوصية والميراث، والجمع بينهما متعذر، وليس أحدهما بأن يعتبر سببًا بأَوْلَى من الآخر، فيتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد.

ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدًا بألف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبدٍ له آخر من البائع بألف وخمسائة وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشترى من البائع فاسدًا وإن احتمل الجواز؛ لأن للجواز جهتين: بأن يصرف إليه مثل الثمن أو أكثر، والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما بأَوْلَى من الآخر، فيتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا، بخلاف العبد المأذون إذا أقرَّ حيث يجوز؛ لأن للجواز جهة واحدة وهي التجارة وللفساد جهات.

وهذا بخلاف ما بيَّن سبباً يستقيم وجوب المال به للجنين وصية أو ميراثًا كان الإقرار صحيحًا؛ لأن جهة الفساد متعينة وهي ما صرح به فكان محكومًا بالجواز؛ لأن له وجهًا صحيحًا وهو الوصية به من جهة غيره، وقد ذكرنا آنفاً أنه إذا كانت جهة الجواز متعددة لا يحمل على الجواز ليزاحم جهات الجواز، ولم يكن إحداها في الحمل عليها بأَوْلَى من الآخر، وأمَّا إذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الإقرار به كما في هذه المسألة، فإن مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل إليه غير صحيح؛ لأن الوارث إذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب أيضاً في الأم، لشيوع حقه في جميع التركة.

وأمَّا الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لا يكون وصية بالأم، فتعينت الوصية جهة

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِشَرْطِ الخِيَارِ بَطَلَ الشَّرْطُ) لِأَنَّ الخِيَارَ لِلْفَسْخِ وَالإِخْبَارُ لا يَحْتَمِلُهُ (وَلَزِمَهُ المَالُ) لِوُجُودِ الصِّيغَةِ المُلْزِمَةِ وَلَمْ تَنْعَدِمْ بِهَذَا الشَّرْطِ البَاطِلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

للجواز فيجوز، وهذا هو الفرق لأبي يوسف رحمه الله في صحة إقراره مطلقاً بحمل جارية لإنسان وعدم صحة إقراره مطلقاً للحمل؛ لما ذكرنا أن هناك لصحة إقراره مطلقاً جهتين: الميراث والوصية، وليس أحدهما بأَوْلَى من الآخر فيبقي على البطلان.

قوله: وَمَنْ أَقَرَّ بِشَرْطِ الخِيَارِ بَطَلَ الشَّرْطُ، صورة المسألة ما إذا أقرَّ رجل لرجل بدين من قرض، أو غصب، أو وديعة، أو عارية قائمة أو مستهلكة، على أنه فيه بالخيار ثلاثة أيام، فالإقرار جائز والخيار باطل؛ أمَّا جواز الإقرار فَلِوُجُودِ الصِّيغَةِ المُلْزِمَةِ بقوله: عليَّ أو عندي لفلان، وأمَّا الخيار فباطل؛ لأن الإقرار إخبار فلا يليق به الخيار؛ لأن الخبر إن كان صادقًا فهو صدق اختاره أو لم يختره، وإن كان كذبًا لم يتغير باختياره وعدم اختياره، وإنما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صيغة العقد ويتخير به من له خيار بين فسخه وإمضائه؛ ولأن الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد، والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام إقرارًا، والخيار يدخل على حكم السبب فإذا لغى بقي حكم الإقرار وهو اللزوم ثابتًا هاهنا، كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه، ويستوي إن صدَّقه صاحبه في الخيار أو كذَّبه، وهذا بخلاف ما إذا أقرَّ بدين من ثمن بيع على أنه فيه بالخيار ثلاثة أيام، فإن هناك يثبت الخيار إذا صدقه صاحبه؛ لأن سبب الوجوب عقد يقبل الخيار، فإذا تصادقا عليه صار ذلك كالمعاين في حقهما، وإن كذبه صاحبه لم يثبت الخيار؛ لأن مقتضى مطلق البيع اللزوم، فمن ادعى تغييره باشتراط الخيار فيه لا يقبل قوله إلا بحجة، فأمَّا فيما سبقَ فسبب وجوب المال فعل من قرض، أو غصب، أو استهلاك، وذلك لا يليق به الخيار، ولو عاينا اشتراط الخيار فيه كان لغوًا، فلهذا لم يثبت وإن تصادقا عليه، وإن أقرَّ بالدين من كفالة على شرط الخيار مدة معلومة طويلة أو قصيرة، فإن صدَّقه المقر له فهو كما قال والخيار ثابت له إلى آخر المدة؛ لأن الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه فيجعل ما تصادقا عليه كالمعاين في حقهما، كذا في «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

(بَابُ الِاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ)

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَثْنَى مُتَّصِلًا بِإِقْرَارِهِ صَحَّ الِاسْتِثْنَاءُ وَلَزِمَهُ البَاقِي) لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مَعَ الجُمْلَةِ عِبَارَةٌ عَنِ البَاقِي وَلَكِنْ لا بُدَّ مِنَ الِاتِّصَالِ، (وَسَوَاءُ اسْتَثْنَى الأَقَلَّ أَوِ الأَكْثَرَ،

باب الاستثناء وما في معناه

لمَّا ذكر حكم ما وجب موجب الإقرار بكماله، ذكر في هذا الباب حكم ما يتغيّر به موجب الإقرار بالاستثناء؛ لما أن التغير أبدًا إنما يكون بعد عدم التغيّر.

قوله: وَسَوَاءُ اسْتَثْنَى الأَقَلَّ أَوِ الأَكْثَرَ، إلا على قول الفراء، فإنه لا يجوز استثناء الأكثر مما تكلم به؛ لأن العرب لم تتكلم بذلك.

ولكنا نجوز استدلالًا بقوله تعالى: ﴿قُمِ ٱلَّيۡلَ إِلَّا قَلِيلٗا ۝٢ نِّصۡفَهُۥٓ أَوِ ٱنقُصۡ مِنۡهُ قَلِيلًا ۝٣﴾ [المزمل: ٢-٣]؛ ولأن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى، ولا فرق بين الاستثناء في الأقل أو الأكثر، وبأن لم يتكلم به العرب لم يمنع صحته إذا كان موافقًا لطريقهم، كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وكان صحيحًا.

ثم هذا الاستثناء لا يتفاوت بين أن يكون المستثنى منه ممَّا يقسم أو لا يقسم، فإن الاستثناء فيهما صحيح حتى لو قال: غصبتك هذا العبد أمس إلا نصفه، صدق فيه، وكذلك لو قال: إلا ثلثيه إلا على قول الفراء على ما ذكرنا من الاستثناء الأكثر من الأقل، أمَّا لو قال: إلا العبد كله كان الاستثناء باطلًا؛ لأنه لا يمكن تصحيحه بأن يجعل عبارة عما وراء المستثنى، فإنه لا يبقى وراء المستثنى شيء، كان هذا رجوعًا لا استثناءً، والرجوع عن الإقرار باطل موصولًا كان أو مفصولًا.

فَإِنِ اسْتَثْنَى الجَمِيعَ لَزِمَهُ الإِقْرَارُ وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ) لِأَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا وَلَا حَاصِلَ بَعْدَهُ فَيَكُونُ رُجُوعًا، وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ فِي الطَّلَاقِ.

وكذلك لو قال: عليَّ ألف درهم إلا ألف درهم، حيث لا يصح الاستثناء؛ لأنه لم يبق وراء المستثنى شيء مما تناوله كلامه ليصير الكلام عبارة عنه، فيكون هذا رجوعًا عن الإقرار لا استثناءً، والرجوع باطل وإن كان موصولًا؛ لأنه إنما يصح موصولًا ما يكون فيه معنى البيان لأول كلامه، والإبطال ليس من البيان في شيء فلم يصح وإن كان موصولًا، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِنِ اسْتَثْنَى الجَمِيعَ لَزِمَهُ الإِقْرَارُ وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ، اعلم أن هذا الذي ذكره فيما إذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه، وأمَّا إذا كان المستثنى من خلاف جنس لفظ المستثنى منه صحَّ الاستثناء، وإن أتى على جميع المستثنى منه نحو أن يقول: نسائي طوالق إلا هؤلاء، وليس له نساء إلا هؤلاء صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن، ولو قال: نسائي طوالق إلا نسائي، لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن، وكذا لو قال: عبيدي أحرار إلا عبيدي فلا يصح الاستثناء وعتقوا كلهم، ولو قال: عبيدي أحرار إلا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم، وكذلك لو قال: أوصيت بثلث مالي إلا ألف درهم، ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية؛ ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان إلا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء، كذا في «شرح الطحاوي»، وهكذا أيضًا ذكره صاحب «الهداية» في الباب الأول من أيمان «الزيادات» فقال:

استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ يصح كما إذا قال: نسائي طوالق إلا نسائي لا يصح الاستثناء، ولو قال: إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل يصح، وكذلك في الوصية على ما ذكرنا، وهذا لفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظي فيبنى على صحَّة اللفظ لا على صحَّة الحكم، ألا ترى أنه إذا قال لامرأته: أنتِ طالق ست تطليقات إلا أربعًا، يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم؛ لأن الطلاق لا مزيد له على الثلاث، ومع

(وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا أَوْ إِلَّا قَفِيزَ حِنْطَةٍ لَزِمَهُ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا قِيمَةَ الدِّينَارِ أَوِ القَفِيزِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا ثَوْبًا لَمْ يَصِحَّ الِاسْتِثْنَاءُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَصِحُّ فِيهِمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَصِحُّ فِيهِمَا. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مَا لَوْلَاهُ لَدَخَلَ تَحْتَ اللَّفْظِ، وَهَذَا لا يَتَحَقَّقُ فِي خِلَافِ

هذا لا يجعل كأنه قال: أنت طالق ثلاثًا إلا أربعـًا؛ لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم.

وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو التكلم بالحاصل بعد الثنياء؛ لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى ذات اللفظ، ويتصور أن يدخل في ملكه غير هذه الجواري أو العبيد، وإذا كان كذلك صحَّ الاستثناء، بخلاف ما إذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ؛ لأنه لا يصلح لإخراج بعض ما يتناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا، فلم يصح اللفظ فلا يصح الاستثناء.

قوله: وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا، إلى أن قال: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَصِحُّ فِيهِمَا، اعلم أن الكلام مع الشافعي رحمه الله بناء على الخلاف في موجب الاستثناء، فعنده موجب الاستثناء امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل المعارض بمنزلة دليل الخصوص من العموم، فإذا قال: لفلان عليَّ عشرة إلا درهمًا، يصير كأنه قال: إلا درهمًا فإنه ليس عليَّ، فلا يلزمه الدرهم للدليل المعارض لأول كلامه؛ لا لأنه يصير بالاستثناء كأنه لم يتكلم به.

وعندنا موجب الاستثناء أن يصير كالمتكلم بما وراء الاستثناء خاصَّة، ويخرج كلامه في القدر المستثنى من أن يكون إيجابًا، وأصل الخلاف بيننا وبينه في التعليق بالشرط، فإنه لا خلاف بيننا وبينه أن الاستثناء والتعليق بالشرط كل واحد منهما بيان، إلا أن عنده بالتعليق بالشرط لا يخرج كلامه من أن يكون إيقاعـًا، فيكون ذلك بيانًا في أحد الحكمين، والاستثناء يخرج المستثنى من أن يكون في حكم المذكور أصلًا، فيكون هذا بيانًا أن أصل الإيجاب لم يتناول إلا ما وراء المستثنى، ودليله على إثبات أصله قول أهل اللغة: الاستثناء من النفي

الجِنْسِ. وَلِلشَّافِعِيِّ أَنَّهُمَا اتَّحَدَا جِنْسًا مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ.

إثبات ومن الإثبات نفي، فلو لم يكن حكم الاستثناء ضد حكم أصل الكلام لكان قولهم هذا باطلًا، وفي كلمة الشهادة إثبات التوحيد بالاتفاق، ولو كان عمل الاستثناء فيما قلتم لكان هذا نفيًا للشرك لا إثباتًا للتوحيد.

فإذا ثبتَ هذه القاعدة قلنا: يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الإمكان، فإن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره، وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة، فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى، ودليلنا على إثبات الأصل قوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤]، وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الإيجاب لا في الإخبار، وإذا لم يجعل الطريق في الاستثناء ما قلنا أن المستثنى منه عبارة عما وراء المستثنى، كان هذا رجوعًا واستدراكًا كالغلط، وذلك لا يجوز على الله عزَّوجل، وما زاد على هذا التقدير مذكور في أصول الفقه.

وإذا ثبتَ هذا قلنا: إنما يصح الاستثناء لاستخراج ما لو لا الاستثناء لكان الكلام متناولًا له، ولم يكن أصل كلامه متناولًا للثبوت فلم يكن هذا استثناء، بل يكون كلامًا مبتدأ لبيان أنه ليس عليه شيء من الثياب إنما عليه ألف درهم فقط، وهذا هو القياس إذا استثنى مكيلًا أو موزونًا أو معدودًا من خلاف جنس المذكور؛ لأن أصل الكلام غير متناول له وإن لم يذكر الاستثناء، ولكن استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى فقالا: المقدرات من جنس واحد معنى وإن اختلفت أجناسها صورةً؛ لأنها تثبت في الذمة ثمناً وتثبت حالًا ومؤجلًا، ويجوز الاستقراض فيها فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنًى، وإنما كان الاستثناء استخراجاً بطريق المعنى على أن يصير الكلام به عبارةً عمًّا وراء المستثنى، فلهذا صح استثناء المقدر من المقدرات وإن اختلفا في الجنس صورةً، والعدديات التي لا تتفاوت بمنزلة المقدرات في ذلك، بخلاف الثياب والغنم فإنَّها ليست من جنس المقدرات معنًى، فلم يكن استثناؤها استخراجًا من الكلام صورةً ولا معنًى فكان باطلًا، كذا في «المبسوط».

وَلَهُمَا أَنَّ المُجَانَسَةَ فِي الأَوَّلِ ثَابِتَةٌ مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِيَّةِ، وَهَذَا فِي الدِّينَارِ ظَاهِرٌ. وَالمَكِيلُ وَالمَوْزُونُ أَوْصَافُهَا أَثْمَانٌ؛ أَمَّا الثَّوْبُ فَلَيْسَ بِثَمَنٍ أَصْلًا، وَلِهَذَا لا يَجِبُ بِمُطْلَقِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ وَمَا يَكُونُ ثَمَنًا صَلَحَ مُقَدِّرًا بِالدَّرَاهِمِ فَصَارَ بِقَدْرِهِ مُسْتَثْنَى مِنَ الدَّرَاهِمِ، وَمَا لا يَكُونُ ثَمَنًا لا يَصْلُحُ مُقَدِّرًا فَبَقِيَ المُسْتَثْنَى مِنَ الدَّرَاهِمِ مَجْهُولًا فَلَا يَصِحُّ.

وقوله: أَوْ إِلَّا قَفِيزَ حِنْطَةٍ لَزِمَهُ مِائَةُ دينار، إلى آخره، وكذلك لو قال: إلا فلسًا أو استثنى شيئًا ممَّا يكال أو يوزن أو يعد عدًّا، فهو على هذا الخلاف، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالمَكِيلُ وَالمَوْزُونُ أَوْصَافُهَا أَثْمَانٌ، أي: كونهما أثمانًا وواجبًا في الذمة إنما كان بسبب الوصف، كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات والعينية، حتى لو عينهما يتعلق العقد بعينهما فيكون بيع مقايضة، ولا يجب في الذمة حينئذٍ، بخلاف الدراهم والدنانير فإنَّها أثمان وواجبة في الذمة سواء عينت أو لم تعين.

قوله: وَلِهَذَا لا يَجِبُ بِمُطْلَقِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ، احتراز عن السلم، فصار تعدده مستثنى من الدراهم، فصار كأنه ذكر المستثنى منه والمستثنى جميعًا بلفظ الدراهم.

وفي «الذخيرة»: إن كان للمستثنى مثل من جنسه كالكيليِّ والوزنِيِّ والعدديِّ المتقارب نحو أن يقول: لفلان عليَّ دينار إلا درهمًا، أو قال: إلا قفيز حنطة، أو قال: إلا مائة جوزة، صح الاستثناء ويطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر به، وإن كانت قيمة المستثنى تأتِي على جميع ما أقرَّ به لا يلزمه شيء، وإن لم يكن للمستثنى مثل من جنسه نحو أن يقول: لفلان عليَّ دينار إلا ثوبًا، أو قال: إلا شاة لا يصح الاستثناء إجماعًا عندنا، خلافًا للشافعي رحمه الله.

وقوله: وَمَا يَكُونُ ثَمَنًا صَلَحَ مُقَدِّرًا بِالدَّرَاهِمِ، بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل.

قوله: فَبَقِيَ الاسْتِثْنَاءُ مِنَ الدَّرَاهِمِ مَجْهُولًا فَلَا يَصِحُّ، وفي بعض النسخ: فَبَقِيَ المُسْتَثْنَى مِنَ الدَّرَاهِمِ مَجْهُولًا فَلَا يَصِحُّ، أي: فلا يصح الاستثناء فيجبر على البيان، ولا يمتنع به صحة

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَقٍّ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللهُ مُتَّصِلًا) بِإِقْرَارِهِ (لَمْ يَلْزَمْهُ الإِقْرَارُ)؛

الإقرار لما ذكرنا أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء؛ لأن جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه، فبقي المقر به مجهولًا.

اعلم أن الذي ذكره من جهالة المقر به عند جهالة المستثنى مخالف لما ذكره في «الذخيرة»، وقال فيها محالًا إلى «المنتقى»:

قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قال الرجل: لفلان عليَّ مائة درهم إلا قليلًا، فعليه أحد وخمسون درهمًا، وكذلك في نظائر هذا نحو قوله: إلا شيئًا وما أشبهه؛ لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفًا، فإذا أوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الأقل، وعن أبي يوسف رحمه الله إذا قال: لفلان عليَّ عشرة دراهم إلا بعضها، فهذا نظير قوله: لفلان عليَّ عشرة دراهم إلا شيئًا، فعليه أكثر من النصف.

وذكر قبل هذا: لو قال: لفلان عليَّ ألف درهم إلا مائة أو خمسين، ذكر في رواية أبي سليمان رحمه الله أن عليه تسعمائة وخمسين؛ لأنه ذكر كلمة الشك في الاستثناء بين المائة والخمسين، فيثبت أقلهما كما لو ذكر كلمة الشك في الإقرار بين شيئين، فإنه يثبت أقلهما، وفي رواية أبي حفص رحمه الله يلزمه تسعمائة؛ لأن الشك في الاستثناء يوجب الشك في الإقرار فكأنه قال: عليَّ تسعمائة أو تسعمائة وخمسون، قالوا: والأول أصح؛ لأن الشك دخل في الاستثناء ظاهرًا.

قوله: وَمَنْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللهُ، إلى آخره، قال: في الباب الأول من إقرار «المبسوط»: ولو قال: غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله تعالى، لم يلزمه شيء استحسانًا، وفي القياس استثناؤه باطل؛ لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط، وذلك إنما يصح في الإنشاءات دون الإخبارات، ولكنه استحسن فقال: الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط، فإن الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال: ﴿سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف: ٦٩]، ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك، والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم، فدل أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «من استثنى فله ثنياه»، والإقرار لا يكون ملزمًا إلا بكلام هو عزيمة،

لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللهِ إِمَّا إِبْطَالٌ أَوْ تَعْلِيقٌ؛ فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ فَقَدْ بَطَلَ، وَإِنْ كَانَ

لكن إنما يعمل هذا الاستثناء إذا كان موصولًا بالكلام لا إذا كان مفصولًا، إلا على قول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه قال: يعمل الاستثناء وإن كان مفصولًا، استدلالًا بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «والله لأغزُونَّ قريشًا، ثم قال بعد سنة: إن شاء الله».

ولكنا نقول: الاستثناء مخرج لكلامه من أن يكون عزيمة، فكان مغيرًا لموجب مطلق الكلام، والتغيير إنما يصح موصولًا بالكلام لا مفصولًا، فإن المفصول بمنزلة النسخ والتبديل، والمقر لا يملك ذلك في إقراره فكذلك لا يملك الاستثناء المفصول.

وهذا بخلاف الرجوع عن الإقرار، فإنه لا يصح وإن كان موصولًا؛ لأن رجوعه نفي لما أثبته فكان تناقضًا منه، والتناقض لا يصح مفصولًا كان أو موصولًا، أمَّا هذا فبيان فيه تغيير فإن الكلام نوعان: لغو وعزيمة، فبالاستثناء تبيَّن أن كلامه ليس بعزيمة، وبيان التغيير يصح موصولًا لا مفصولًا بمنزلة التعليق بالشرط، فأمَّا الحديث فقلنا قوله صلَّى الله عليه وسلَّم بعد سنة: إن شاء الله، لم يكن على وجه الامتثال لما أمر به، قال الله تعالى: ﴿وَٱذۡكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤].

قوله: لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللهِ إِمَّا إِبْطَالٌ أَوْ تَعْلِيقٌ، إنَّما ردد بين هذين اللفظين؛ لأن في الاستثناء بمشيئة الله تعالى مذهبين: أحدهما أنه لإبطال الكلام فيبطل به الكلام تقدم أو تأخر، والآخر أنه تعليق بالشرط، والتعليق بشرط مشيئة الله تعالى صحيح في المنع من الوقوع، كذا ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في الباب الأول من طلاق «الجامع الكبير».

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في ذلك الباب من «الجامع»: اختلف أبو يوسف ومحمد في هذه المسألة فقال أبو يوسف رحمه الله: التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال، وقال محمد رحمه الله: هو تعليق **بِشَرْطٍ لا يُوقَفُ عَلَيْهِ**، وإنما تظهر ثمرة الاختلاف فيما إذا قدم المشيئة وقال: إن شاء الله أنتِ طالق، عند أبي يوسف رحمه الله لا يقع الطلاق؛ لأنه إبطال، وقال محمد رحمه الله يقع؛ لأنه تعليق، فإن قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق، وبقي الطلاق من غير شرط فوقع.

الثَّانِيَ فَكَذَلِكَ، إمَّا لِأَنَّ الإِقْرَارَ لا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ، أَوْ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لا يُوقَفُ عَلَيْهِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الطَّلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إذَا مِتُّ أَوْ إذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إذَا أَفْطَرَ النَّاسُ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى بَيَانِ المُدَّةِ فَيَكُونُ تَأْجِيلًا لا تَعْلِيقًا، حَتَّى لَوْ كَذَّبَهُ المُقَرُّ لَهُ فِي الأَجَلِ يَكُونُ المَالُ حَالًّا.

قوله: لِأَنَّ الإِقْرَارَ لا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ، إلى أن قال: عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إذَا مِتُّ، والدليل على هذا ما لو قال الرجل: لفلان عليَّ ألف درهم إن شاء فلان، فقال فلان: قد شئتُ، فهذا الإقرار باطل؛ لأنه علقه بشرط في وجوده خطر، والإقرار لا يحتمل التعليق بالخطر؛ لأن التعليق بما فيه خطر يمين، والإقرار لا يحلف به؛ ولأنه إخبار يتردد بين الصدق والكذب، فإن كان صدقـًا لا يصير كذبًا بفوات الشرط، وإن كان كذبًا لا يصير صدقًا بوجود الشرط ولا يليق التعليق به أصلًا، إنما التعليق فيما هو إيجابٌ ليتبين بالتعليق أنه ليس بإيقاع ما لم يوجد الشرط.

وكذلك كل إقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله: إن دخلت الدار، أو مطرت السماء، أو إن هبت الريح، أو إن قضى الله تعالى، أو أراده، أو رضيه، أو أحبه، أو قدره، أو يسره، أو إن بشرت بذلك، أو إن أصبت مالًا، أو إن كان كذلك، أو إن كان حقًّا، فهذا كله مبطل للإقرار إذا أوصله بالكلام للمعنى الذي ذكرنا، ولو قال: أشهدوا أن له عليَّ ألف درهم إن متُّ فهو عليه إن عاشَ أو ماتَ؛ لأن هذا ليس باستثناء ولا مخاطرة، فإن موته كائن لا محالة، ومراده أن يشهدهم على المال المقر به حتى لا يبقي ذمته مرتَهنة به، بأن يشهدوا به عليه بعد موته إذا جحد الوارث وامتنع من قضائه، فكان راجعًا إلى تأكيد إقراره فيلزمه المال عاشَ أو ماتَ.

وكذلك لو قال: له عليَّ ألف درهم إذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ، أَوْ إذَا أَفْطَرَ النَّاسُ، أو إلى الفطر أو إلى الأضحى؛ لأن هذا ليس بتعليق بل هو دعوى منه الأجل إلى الوقت المذكور، أما قوله: إلى فغير مشكل، وكذلك قوله: إذا فإنه للوقت، والوقت الذي ذكره آتٍ لا محالة، فكان إقراره صحيحًا ودعوى الأجل غير مقبولة، إلا أن يثبته بالبيّنة أو يقرّ به الطالب، وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى المال عليه إلى أجله، وقد ذكرناه كذا في باب الاستثناء،

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَارٍ وَاسْتَثْنَى بِنَاءَهَا لِنَفْسِهِ فَلِلْمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ وَالْبِنَاءُ)؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ دَاخِلٌ فِي هَذَا الْإِقْرَارِ مَعْنًى لا لَفْظًا، وَالِاسْتِثْنَاءُ تَصَرُّفٌ فِي الْمَلْفُوظِ، وَالْفَصُّ فِي الْخَاتَمِ وَالنَّخْلَةُ فِي الْبُسْتَانِ نَظِيرُ الْبِنَاءِ فِي الدَّارِ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ تَبَعًا لا لَفْظًا، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ إلَّا ثُلُثَهَا أَوْ إلَّا بَيْتًا مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ دَاخِلٌ فِيهِ لَفْظًا (وَلَوْ قَالَ بِنَاءُ هَذَا الدَّارِ لِي وَالْعَرْصَةُ لِفُلَانٍ فَهُوَ كَمَا قَالَ)؛ لِأَنَّ الْعَرْصَةَ عِبَارَةٌ عَنِ الْبُقْعَةِ دُونَ الْبِنَاءِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ بَيَاضُ هَذِهِ الْأَرْضِ دُونَ الْبِنَاءِ لِفُلَانٍ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ مَكَانُ الْعَرْصَةِ أَرْضًا حَيْثُ يَكُونُ الْبِنَاءُ لِلْمُقَرِّ لَهُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْأَرْضِ إقْرَارٌ بِالْبِنَاءِ كَالْإِقْرَارِ بِالدَّارِ.

وهو الباب الثاني والعشرون من إقرار «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الْبِنَاءَ دَاخِلٌ فِي هَذَا الْإِقْرَارِ مَعْنًى لا لَفْظًا، أي: البناء داخل في لفظ الإقرار بالدار تبعًا لا مقصودًا باللفظ، والدليل على هذا فصل البيع، فإن البناء في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعًا، حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري.

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ إلَّا ثُلُثَهَا أَوْ إلَّا بَيْتًا مِنْهَا، حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت، والبيت للمقر؛ لأن البيت في لفظ الدار دخل مقصودًا، حتى لو استحق البيت في بيع الدار لا تسقط حصته من الثمن، كذا في «الذخيرة».

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ مَكَانُ الْعَرْصَةِ أَرْضًا حَيْثُ يَكُونُ الْبِنَاءُ لِلْمُقَرِّ لَهُ، أي: أيضـًا، يعني كما يكون الأرض للمقر له فكذلك بناؤها أيضـًا يكون للمقر له، كما ذكر في الكتاب وهو قوله: لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْأَرْضِ إقْرَارٌ بِالْبِنَاءِ.

فإن قلتَ: يشكل هذا على ما لو أقرَّ وقال: البناء لفلان والأرض لآخر فكان كما قال، حتى كان البناء للأول والأرض للثاني ولم يقل هناك: الإقرار بالأرض إقرار بالبناء فما هو وجه الفرق بينهما؟

(وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ وَلَمْ أَقْبِضْهُ، فَإِنْ ذَكَرَ عَبْدًا بِعَيْنِهِ قِيلَ لِلْمُقَرِّ لَهُ إنْ شِئْتَ فَسَلِّمِ العَبْدَ وَخُذِ الأَلْفَ وَإِلَّا فَلا شَيْءَ لَكَ) قَالَ:

قلتُ: الفرق بينهما من حيث أن أول كلامه فيما أوردت إقرار معتبر بالبناء، فهبك أن آخر كلامه إقرار بالأرض والبناء، ولكن إقراره فيما صار مستحقًّا لغيره لا يصح، فكان للثانِي الأرض خاصَّة، وأمَّا فيما نحن فيه فآخر كلامه إقرار بالأرض والبناء، وهما جميعًا ملكه فصحَّ إقراره بهما للمقر له؛ وذلك لأن أول كلامه وهو قوله: بِنَاءُ هَذَا الدَّارِ لِي، غير معتبر؛ لأنه قد كان له ذلك قبل أن يذكره فبقي قوله: وأرضها لفلان، والإقرار بالأصل يوجب ثبوت حق المقر له في التبع، كما لو قال: أرض هذه الدار لفلان، استحق فلان الأرض والبناء جميعًا.

يُوضح الفرق بينهما أن البناء في تلك المسألة لمَّا صار للمقر له الأول خرج من أن يكون تبعًا للأرض حكمًا، فإقراره بالأرض للثانِي بعد ذلك لا يتعدي إلى البناء، وفي مسألتنا البناء باق على ملكه فكان تبعًا للأرض، فإقراره بالأرض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعًا، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: واعلم بأن هذا الجنس خمس مسائل، وتخريجها على أصلين:

أحدهما: أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار بعده، والدعوى بعد الإقرار في بعض ما دخل تحت الإقرار لا يصح.

والثانِي: أن إقرار الإنسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره، إذا عرفنا هذا فنقول: إذا قال: بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان، إنما كانت الأرض والبناء لفلان؛ لأن بقوله: البناء لي، ادعى البناء وبقوله: الأرض لفلان، أقرَّ لفلان بالبناء تبعًا للإقرار بالأرض، والإقرار بعد الدعوى صحيح، وإذا قال: أرضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما أقرَّ المقر؛ لأن بقوله: أرضها لي، ادعى البناء لنفسه تبعًا، وبقوله: البناء لفلان أقرَّ بالبناء لفلان، والإقرار بعد الدعوى صحيح ويُؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه، وإذا قال: أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لي، فالأرض والبناء للمقر له؛ لأن بقوله: أرضها لفلان، أقرَّ لفلان بالبناء تبعًا، وبقوله: وبناؤها لي، ادعى البناء لنفسه، والدعوى بعد الإقرار في بعض ما يتناوله الإقرار

وَهَذَا عَلَى وُجُوهٍ: أَحَدُهَا: هَذَا وَهُوَ أَنْ يُصَدِّقَهُ وَيُسَلِّمَ العَبْدَ، وَجَوَابُهُ مَا ذُكِرَ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِتَصَادُقِهِمَا كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقُولَ المُقَرُّ لَهُ: العَبْدُ عَبْدُكَ مَا بِعْتُكَهُ وَإِنَّمَا بِعْتُكَ عَبْدًا غَيْرَ هَذَا وَفِيهِ المَالُ لَازِمٌ عَلَى المُقِرِّ لِإِقْرَارِهِ بِهِ عِنْدَ سَلَامَةِ العَبْدِ لَهُ وَقَدْ سَلَّمَ فَلَا يُبَالَى بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَقُولَ العَبْدُ عَبْدِي مَا بِعْتُكَ. وَحُكْمُهُ أَنْ لَا يَلْزَمَ المُقِرَّ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ مَا

لا يصح، وإذا قال: أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر، فالأرض والبناء كلاهما للمقر له الأول؛ لأن بقوله: أرض هذه الدار لفلان، صار مقرًّا لفلان بالبناء تبعًا للأرض، وبقوله: وبناؤها لفلان آخر، حصل مقرًّا على الأول، والإقرار على الغير لا يصح، وإذا قال: بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر، فهو كما أقرّ به المقر؛ لأن بقوله أولًا: بناء هذه الدار لفلان، صار مقرًّا بالبناء له، وبقوله: وأرضها لفلان آخر، صار مقرًّا على الأول بالبناء للثاني، وإقرار الإنسان على غيره باطل.

قوله: لِأَنَّ الثَّابِتَ بِتَصَادُقِهِمَا كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً، ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد في يده، كان عليه ألف درهم، كذا هاهنا.

قوله: العَبْدُ عَبْدُكَ مَا بِعْتُكَهُ وَإِنَّمَا بِعْتُكَ عَبْدًا غَيْرَ هَذَا، وقبضته ولي عليك ألف درهم ثمنه، فإنه يلزمه ألف درهم؛ لأنَّهما اختلفا في الجهة التي بها وجب الألف واتفقا على الوجوب، أمَّا الطالب فلأنه ادعى وجوب ألف درهم بسبب بيع عبدٍ آخر اشترى منه وقبضه، وهو أيضًا أقرّ بالوجوب بدلًا عن هذا العبد، وقد سلم له هذا العبد فقد تصادقا على الوجوب واختلفا في جهة الوجوب، وفي مثل هذا يقضى بألف درهم كما لو أقرّ فقال: لفلان عليَّ ألف درهم من غصب، وقال فلان: لا بل من قرض، ولا تتفاوت في هذا بين أن يكون العبد الذي ادعى المقر أنه اشتراه في يد المقر أو في يد المقر له.

قوله: وَالثَّالِثُ: أَنْ يَقُولَ العَبْدُ عَبْدِي مَا بِعْتُكَ، وفي هذا أيضًا لا يتفاوت بين أن يكون

أَقَرَّ بِالمَالِ إِلَّا عِوَضًا عَنِ العَبْدِ فَلَا يَلْزَمُهُ دُونَهُ، وَلَوْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ إِنَّمَا بِعْتُكَ غَيْرَهُ يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّ المُقِرَّ يَدَّعِي تَسْلِيمَ مَنْ عَيَّنَهُ وَالآخَرَ يُنْكِرُ وَالمُقَرَّ لَهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الأَلْفَ بِبَيْعِ غَيْرِهِ وَالآخَرَ يُنْكِرُهُ، وَإِذَا تَحَالَفَا بَطَلَ المَالُ، هَذَا إِذَا ذَكَرَ عَبْدًا بِعَيْنِهِ.

(وَإِنْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ وَلَمْ يُعَيِّنْهُ لَزِمَهُ الأَلْفُ وَلَا يُصَدَّقُ فِي قَوْلِهِ مَا قَبَضْتُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَصَلَ أَمْ فَصَلَ)؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ فَإِنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ المَالِ رُجُوعًا إِلَى كَلِمَةِ «عَلَيَّ»، وَإِنْكَارُهُ القَبْضَ فِي غَيْرِ المُعَيَّنِ يُنَافِي الوُجُوبَ أَصْلًا؛

العبد الذي ادعى المقر أنه اشتراه في يد المقر أو في يد المقر له، فإنه إذا كان في يد المقر يأخذ العبد منه، فلا يلزم على المقر شيء من ثمن العبد؛ لأنَّهما لم يتصادقا على الوجوب، فإن المقر إنما أقرَّ له بألف درهم بدلًا عن هذا العبد، فإذا لم يسلم إليه العبد لا يسلم للمقر له بدله.

قوله: وَلَوْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ، أي: مع إنكار العبد المقر به يدعي لزوم المال ببيع عند آخر.

قوله: وَإِذَا تَحَالَفَا بَطَلَ المَالُ، أي: بطل المال من المقر والعبد سالم لمن في يده.

قوله: وَإِنْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ ... وَلَمْ يُعَيِّنْهُ، إلى آخره، وفي «المبسوط»: إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم من ثمن متاع اشتريتُه منه ولم أقبض، قال ذلك موصولًا بإقراره لم يصدّق في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يصدّق إذا كان موصولًا ولا يصدق إذا كان مفصولًا، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله عن حرف منه فقال: إذا كان مفصولًا يسأل المقر له عن المال: أهو من ثمن البيع أم لا؟ فإن قال: من ثمن البيع فالقول قول المقر أنّي لم أقبضه، وإن قال: من جهة أخرى سوى البيع، فالقول قول المقر له، وهذا في الحقيقة ليس برجوع ولكنه تفصيل لما أجمله في الابتداء، وهو قول محمد رحمه الله.

وقوله: وَإِنْكَارُهُ القَبْضَ فِي غَيْرِ المُعَيَّنِ يُنَافِي الوُجُوبَ أَصْلًا؛ وذلك لأنه لا يطالب المشتري بأداء الثمن إلا بعد إحضار المبيع، وما من متاع يعينه البائع إلا للمشتري أن يقول: المبيع غير هذا، فتتأخَّر المطالبة إلى الأبد، ثم لو ادعى تأخير المطالبة إلى غاية لم يصدق

لِأَنَّ الجَهَالَةَ مُقَارِنَةً كَانَتْ أَوْ طَارِئَةً بِأَنِ اشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ نَسِيَاهُ عِنْدَ الِاخْتِلَاطِ بِأَمْثَالِهِ تُوجِبُ هَلَاكَ المَبِيعِ فَيَمْتَنِعُ وُجُوبُ نَقْدِ الثَّمَنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ رُجُوعًا فَلَا يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ مَوْصُولًا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ وَصَلَ صُدِّقَ وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ إذَا أَنْكَرَ المُقَرُّ لَهُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ، وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ مَتَاعًا فَالقَوْلُ قَوْلُ المُقِرِّ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ المَالِ عَلَيْهِ وَبَيَّنَ

بأن قال: عليَّ ألف درهم من ثمن بيع إلى شهر، فإذا ادعى تأخير المطالبة إلى الأبد أوْلَى أن لا يصدق؛ لأنه لما أقرَّ بوجوب ألف درهم ثمَّ ادعى بقوله: إلا إنِّي لم أقبض تأخير المطالبة إلى الأبد على ما ذكرنا لم يصدق، وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين ما إذا عين المتاع؛ لأنه أقرَّ بالوجوب ولم يدع ما يوجب تأخير المطالبة؛ لأن المبيع إذا كان حاضرًا فالمشتري يطالب بأداء الثمن أوَّلًا ثم يقبض المبيع، فكذلك قلنا في قوله: لك عليَّ ألف درهم ثمن هذا المتاع الذي في يدك إلا أنِّي لم أقبض فإنه يصدق وصل أم فصل، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ مَتَاعًا - أي: صدق المقر له المقر في الجهة حيث قال: بأنه باعه متاعًا كما هو إقرار المقر، لكن كذبه في إنكاره قبض المبيع - فَالقَوْلُ قَوْلُ المُقِرِّ، أي: سواء وصل أم فصل عندهما.

وذكر في «الذخيرة»: أمَّا إذا أصدقه في الجهة بأن قال: لي عليك ألف درهم من ثمن متاع بعته وقبضت منيِّ، والمقر يقول: لم أقبض مفصولًا عن إقراره كان أبو يوسف رحمه الله يقول أولًا بأنه لا يصدق، كما لو كذبه في الجهة، ثم رجع وقال: يصدق وصل أم فصل، وبه قال محمد، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله ذهبا في ذلك إلى أن قوله: إلا أنِّي لم أقبض، متى صدَّقه المقر له في الجهة بيان مجمل، فيصدّق وصل أم فصل، قياسًا على ما لو قال: لك عليَّ ألف درهم ثمن هذا المتاع الذي في يدك إلا أنِّي لم أقبض، فإنه يصدق وصل أم فصل، وإنما قلنا: أنه بيان مجمل؛ لأن البيع ثبت بتصادقهما وبقي أمر القبض مجملًا؛ لأنه لم يقر بالقبض لا نصًّا وأنه ظاهر، ولا اقتضاءً؛ لأنه لو جعل مقرًّا بالقبض اقتضاءً إما أن جعل بمقتضى إقراره بالبيع ولا وجه إليه؛ لأن البيع صحيح ومفيد لحكمه من غير قبض، وإمَّا

سَبَبًا وَهُوَ البَيْعُ، فَإِنْ وَافَقَهُ الطَّالِبُ فِي السَّبَبِ وَبِهِ لا يَتَأَكَّدُ الوُجُوبُ إِلَّا بِالقَبْضِ، وَالمُقِرُّ يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ القَوْلُ لَهُ، وَإِنْ كَذَّبَهُ فِي السَّبَبِ كَانَ هَذَا مِنَ المُقِرِّ بَيَانًا مُغَيِّرًا؛ لِأَنَّ صَدْرَ كَلَامِهِ لِلْوُجُوبِ مُطْلَقًا وَآخِرُهُ يَحْتَمِلُ انْتِفَاءَهُ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ القَبْضِ وَالمُغَيِّرُ يَصِحُّ مَوْصُولًا لا مَفْصُولًا.

(وَلَوْ قَالَ ابْتَعْتُ مِنْهُ بَيْعًا إِلَّا أَنِّي لَمْ أَقْبِضْهُ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ) بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ

أن جعل بمقتضى إقراره بوجوب الألف ولا وجه إليه؛ لأن الألف تجب في ذمة المشتري بنفس العقد من غير قبض، فلمَّا لم يكن قابضًا بقي أمر القبض مجملًا مفتقرًا إلى البيان، فيصدق في بيان المجمل وصل أم فصل.

قوله: فَإِنْ وَافَقَهُ الطَّالِبُ فِي السَّبَبِ - أي: صدق المقر له المقرَّ في الجهة وهي البيع - وَبِهِ لا يَتَأَكَّدُ الوُجُوبُ، أي: وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري؛ لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع على طريق التزلزل؛ لأنه عسى يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري ثم المدعي، وهو المقر له يدعي قبض المقر وهو ينكر، كان القول قول المنكر مع اليمين.

قوله: لِأَنَّ صَدْرَ كَلَامِهِ لِلْوُجُوبِ مُطْلَقًا، على ما ذكر من قوله: رُجُوعًا إِلَى كَلِمَةِ «عَلَيَّ».

قوله: وَآخِرُهُ يَحْتَمِلُ انْتِفَاءَهُ، أي: انتفاء الوجوب.

وذكر في «المبسوط»: وإن كذَّبه في السبب فهو بيان مغيِّر لمقتضى مطلق الكلام؛ لأن مقتضى أول الكلام أن يكون مطالبًا بالمال في الحال ولكن على احتمال أن لا يكون مطالبًا به حتى يحضر المتاع، فكان بيانه مغيرًا إلى هذا النوع من الاحتمال، وبيان التغيير صحيح إذا كان موصولًا، ولا يكون صحيحًا إذا كان مفصولًا.

قوله: فَالقَوْلُ قَوْلُهُ بِالإِجْمَاعِ؛ لأنه لم يقر على نفسه بالوجوب لا نصًّا، وهذا ظاهر، فإنه لم يقل: لفلان عليَّ، ولا بمقتضى إقراره بالشراء؛ إذ ليس من ضرورة الشراء وجوب

مِنْ ضَرُورَةِ البَيْعِ القَبْضُ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ بِوُجُوبِ الثَّمَنِ.

قَالَ: (وَكَذَا لَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ (لَزِمَهُ الأَلْفُ وَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَصَلَ أَمْ فَصَلَ) لِأَنَّهُ رُجُوعٌ لِأَنَّ ثَمَنَ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ لَا يَكُونُ وَاجِبًا وَأَوَّلُ كَلَامِهِ لِلْوُجُوبِ (وَقَالَا: إِذَا وَصَلَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ)؛ لِأَنَّهُ بَيَّنَ بِآخِرِ كَلَامِهِ أَنَّهُ مَا أَرَادَ بِهِ

الثمن على المشتري، فإن الشراء إذا كان بشرط الخيار للمشتري لا يجب الثمن عليه، وتأخير المطالبة إنما يتصور بعد الثبوت، وأمَّا في ما تقدم فقد أقرَّ بالوجوب وادعى تأخير المطالبة، فلا يكون القول له.

قوله: وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ، يعني لو قال: لفلان عليَّ من ثمر خمر أو خنزير، أو من ثمن حرٍّ أو ميتة أو دم إن صدقه الطالب في ذلك فإنه لا يلزمه شيء في قولهم جميعًا؛ لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معائنة، ولو عاينا أنه باعه خمرًا أو خنزيرًا أو حرًّا بألف درهم لم يكن عليه شيء كذلك هاهنا، وأمَّا إذا أكذبه في ذلك وقال: لي عليك ألف درهم من ثمن متاع قبضته، وقال المقر: لا بل من ثمن خمر، فإن على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصدق وصل أم فصل ويلزمه ألف درهم؛ لأنه أقرَّ بوجوب ألف درهم ثم زعم أنه لم يكن واجبًا عليه؛ لأن ثمن الخمر لا يكون واجبًا على المسلم فكان راجعًا عمَّا أقرَّ به، كما لو قال: عليَّ ألف درهم من ثمن متاع باعنيه إلا أنِّي لم أقبضه، فإنه لا يصدق في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يصدق إذا وصل ولا يصدق إذا فصل، كما إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم من ثمن متاع باعنيه إلا أنِّي لم أقبضه وكذبه الطالب في الجهة؛ وذلك لأن الخمر متموّلة يجري فيها الشح والضنَّة، وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة، فكان آخر كلامه بيانًا مغيِّرًا وهو من محتملات كلامه، ولكن فيه تعبير فيصح موصولًا، ولو قال: لفلان عليَّ ألف درهم حرام، أو قال: ربـًا فهي لازمة، قال: لأنِّي لا أدري لعل الحرام عنده حلال جائز عند غيره، ولعل الربا عنده ليس بربـًا، ولو قال: عليَّ ألف درهم زورًا أو باطل إن صدقه فلان فلا شيء عليه، وإن كذبه لزمه المال، والإقرار

الإِيجَابَ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي آخِرِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ. قُلْنَا: ذَاكَ تَعْلِيقٌ وَهَذَا إِبْطَالٌ. (وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ أَوْ قَالَ أَقْرَضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَالَ هِيَ زُيُوفٌ أَوْ نَبَهْرَجَةٌ وَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ جِيَادٌ لَزِمَهُ الجِيَادُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: إِنْ قَالَ مَوْصُولًا يُصَدَّقُ، وَإِنْ قَالَ مَفْصُولًا لَا يُصَدَّقُ) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا قَالَ هِيَ سَتُّوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ إِلَّا إِنَّهَا زُيُوفٌ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٍ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ. لَهُمَا أَنَّهُ بَيَانٌ مُغَيِّرٌ فَيَصِحُّ بِشَرْطِ الوَصْلِ كَالشَّرْطِ وَالِاسْتِثْنَاءِ. وَهَذَا لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَحْتَمِلُ الزُّيُوفَ بِحَقِيقَتِهِ وَالسَّتُّوقَةُ

بالبيع يلجئه على هذا التفصيل، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: قُلْنَا: ذَاكَ تَعْلِيقٌ وَهَذَا إِبْطَالٌ، والإبطال رجوع والرجوع بعد الإقرار بوجوب المال لا يصح، وأمَّا قوله: إن شاء الله، فصيغة التعليق، فالإرسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين أهل اللسان، فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرجوع، ووجوب المال عليه من حكم إرسال الكلام، فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الإرسال، كذا في «أصول الفقه لشمس الأئمَّة» رحمه الله.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا قَالَ هِيَ سَتُّوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ، وهذا الذي ذكره في قول أبي يوسف رحمه الله إحدى الروايتين عنه؛ لأنه إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم من ثمن بيع إلا أنَّها ستوقة أو رصاص، لا يصدق عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أم فصل كما في الزيوف، بل أَوْلَى؛ لأن الزيوف من جنس الدراهم والستوقة لا.

وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان: في رواية لا يصدق وصل أم فصل؛ لأنه يدَّعي فساد العقد؛ لأن اسم الدراهم يتناولها، وفي رواية أنه يصدق إذا وصل وهو قول محمد رحمه الله، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، والتمرتاشي رحمهما الله.

قوله: لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَحْتَمِلُ الزُّيُوفَ بِحَقِيقَتِهِ؛ لأنه من جنس الدراهم حتى يحصل

بِمَجَازِهِ، إِلَّا أَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الجِيَادِ فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا مِنْ هَذَا الوَجْهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِلَّا أَنَّهَا وَزْنُ خَمْسَةٍ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ هَذَا رُجُوعٌ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ عَنِ العَيْبِ، وَالزِّيَافَةُ عَيْبٌ وَدَعْوَى العَيْبِ رُجُوعٌ عَنْ بَعْضِ مُوجِبِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ بِعْتُكَهُ مَعِيبًا وَقَالَ المُشْتَرِي بِعْتَنِيهِ سَلِيمًا فَالقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا، وَالسَّتُّوقَةُ لَيْسَتْ مِنَ الأَثْمَانِ وَالبَيْعُ يُرَدُّ عَلَى الثَّمَنِ فَكَانَ رُجُوعًا. وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهَا وَزْنُ خَمْسَةٍ يَصِحُّ اسْتِثْنَاءً؛ لِأَنَّهُ مِقْدَارٌ بِخِلَافِ الجَوْدَةِ؛ لِأَنَّ

به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالًا فكان آخر كلامه بيانًا، ولكن فيه تغيير لما اقتضاه أول الكلام من حيث العادة؛ لأن بياعات الناس تكون بالجياد دون الزيوف.

قوله: وَالسَّتُّوقَةُ بِمَجَازِهِ؛ لأن الستوقة تسمَّى دراهم مجازًا، والنقل من الحقيقة إلى المجاز بيان فيه تغيير فصح موصولًا.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ هَذَا رُجُوعٌ لِأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ عَنِ العَيْبِ؛ لأن البيع موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب، فتصير دعوى الزيادة من المشتري دعوى أمر عارض يخالف موجب العقد فلا يصح، كما لو ادعى البائع البراءة عن عيب المبيع وأنكر المشتري دعواه البراءة عن موجب البيع فلا يصدق، كما إذا قال: بعتُ هذه الجارية على أنها معيبة وأنكر المشتري شرط العيب فإن القول قول المشتري، كذا في «الأسرار» وغيره.

وحاصل اختلافهم راجع إلى أن الدراهم الزيوف هل هي داخلة في اسم الدراهم المطلق أم لا؟ فأبو حنيفة رحمه الله رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم، حتى كان دعوى الزيافة رجوعًا عمَّا أقرَّ أولًا بمطلق الدراهم، وهما أدخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء.

قوله: بِخِلَافِ الجَوْدَةِ، أي: بخلاف ما إذا قال: إِلَّا إِنَّهَا زُيُوفٌ، فإن في قوله: إِلَّا إِنَّهَا

اسْتِثْنَاءَ الوَصْفِ لا يَجُوزُ كَاسْتِثْنَاءِ البِنَاءِ فِي الدَّارِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ عَلَيَّ كُرُّ حِنْطَةٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ إلَّا أَنَّهَا رَدِيئَةٌ؛ لِأَنَّ الرَّدَاءَةَ نَوْعٌ لا عَيْبٌ، فَمُطْلَقُ العَقْدِ لا يَقْتَضِي السَّلَامَةَ عَنْهَا.

زُيُوفٌ، استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في ذمته، فإن الاستثناء عندنا هو التكلم بما نفي بعد الثنيا في ذمته الدراهم الزيوف، فكانت الدراهم الجيدة مستثنى لا محالة، كما في قوله: عليَّ ألف درهم إلا مائة، والباقي بعد الثنيا تسعمائة فكانت المائة مستثنى، إلا أن هناك المستثنى قدر وهو المائة وهاهنا المستثنى وصف شامل على كل المستثنى منه وهو الجودة، فلذلك لم تقع صورة المستثنى والمستثنى منه على وزان ذلك، ولكن فيما ذكرنا من معنى الاستثناء وهو التكلم بالباقي بعد الثنيا يستويان.

فإن قلتَ: ما عذر أبي يوسف ومحمد رحمهما الله عن إجماعهم بِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ الوَصْفِ لا يَجُوزُ كَاسْتِثْنَاءِ البِنَاءِ فِي الدَّارِ، والجودة أو الزيافة وصف لا محالة، واستثناء الوصف لا يجوز بالإجماع، فكيف صححنا استثناء الزيافة عن الدراهم؟

قلتُ: صحَّحنا ذلك من حيث المعنى، فإن ذلك من حيث المعنى عين ليس بوصف، فإن قوله: لفلان عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ إلَّا إنَّهَا زُيُوفٌ، صار بمنزلة قوله: إلا أنَّها نقد بلد كذا، ونقد ذلك البلد زيوف هذا البلد، وهناك صحَّ ذلك البيان موصولًا بالإجماع، وهذا في معناه فينبغي أن يصح؛ لأن قوله: إلَّا إنَّهَا زُيُوفٌ، وقوله: إلا أنَّها نقد بلد آخر واحد فكان بيانًا محتملًا، فإن ابتداء العقد به جائز فصار ذلك نوعًا للدراهم لا وصفًا، بمنزلة قوله في الحنطة: إلَّا أَنَّهَا رَدِيئَةٌ، إلى هذا أشار في «الأسرار»، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّ الرَّدَاءَةَ نَوْعٌ لا عَيْبٌ، فإن قلتَ: هذا دعوى ساذج من غير برهان، فما الدليل على أن الزيافة عيب أو وصف؟ والرداءة ليست بعيب أو ليست بوصف، وفي الوصفية كلتاهما متوازيتان، فإنه كما يقال: درهم زيف، فكذا يقال: حنطة رديئة، وكذلك في معنى العيب فإنَّهما يشتركان؛ فإنه كما ترد الدراهم بالزيافة إذا باع عينًا بمطلق الدراهم، فكذلك ترد الحنطة بعيب الرداءة إذا لم يشترط الرداءة في البيع؟

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الأُصُولِ فِي القَرْضِ أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الزُّيُوفِ إِذَا وَصَلَ لِأَنَّ القَرْضَ يُوجِبُ رَدَّ مِثْلِ المَقْبُوضِ، وَقَدْ يَكُونُ زَيْفًا كَمَا فِي الغَصْبِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّعَامُلَ بِالجِيَادِ فَانْصَرَفَ مُطْلَقُهُ إِلَيْهَا.

(وَلَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٍ وَلَمْ يَذْكُرِ البَيْعَ وَالقَرْضَ قِيلَ يُصَدَّقُ) بِالإِجْمَاعِ؛

قلتُ: نعم، ما قلتَ، وكنتُ في غمَّةٍ من هذا زمانًا والتباسِ شبهةٍ أحيانًا إلى أن وجدتُ الفرق بينهما على ما ذكر في الباب بحكم شرعي في «الأسرار»، وبمعنى معقول في «المبسوط» فقال في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله: وبخلاف **قوله: عَلَيَّ كُرُّ حِنْطَةٍ إِلَّا أَنَّهَا رَدِيئَةٌ؛ لِأَنَّ الرَّدَاءَةَ** في الحنطة ذكر نوع لا ذكر عيب، ألا ترى أنه لو قال: بعتُك هذه الحنطة وأشار إليها والمشتري كان رآها فوجدها رديئة لم يكن علمها لم يكن له خيار الرد بالعيب، ولو قال: بعتُك بهذه الدراهم وأشار إليها وهيَ زيف استحق مثلها جيادًا لا زيافة فيها، فعُلم بهذا أن الزيافة عيب وكانت بمنزلة ما لو قال: بعتك هذه الجارية وهي معيبة، فإن المشتري يستحقها غير معيبة.

وفي «المبسوط»: ولو قال: له عليَّ كُر حنطة من ثمن بيع أو قرض ثم قال: هو رديء فالقول قوله في ذلك وصل أم فصل؛ لأن الرداءة في الحنطة ليست بعيب، فإن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة فهو في بيان النوع، وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع، ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنَّها جيدة أو وسط أو رديئة، وليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه، فصح موصولًا كان أو مفصولًا، والرداءة ليست بعيب وإن كان الجيّد أفضل في المالية لزيادة الرغبة فيه، ولكن تلك الزيادة لا تصير مستحقة بمطلق التسمية.

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الأُصُولِ ... أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الزُّيُوفِ إِذَا وَصَلَ، يعنِي في القرض؛ لأن المستقرض إنما يصير مضمونًا على المستقرض بالقبض فهو بمنزلة الغصب.

قوله: قِيلَ يُصَدَّقُ بِالإِجْمَاعِ، يعنِي إذا وصل؛ لأن صفة الجودة إنما تصير مستحقة

لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَتَنَاوَلُهَا (وَقِيلَ لا يُصَدَّقُ)؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الإِقْرَارِ يَنْصَرِفُ إِلَى العُقُودِ لِتَعَيُّنِهَا مَشْرُوعَةً لا إِلَى الِاسْتِهْلَاكِ المُحَرَّمِ.

(وَلَوْ قَالَ اغْتَصَبْتُ مِنْهُ أَلْفًا أَوْ قَالَ أَوْدَعَنِي ثُمَّ قَالَ هِيَ زُيُوفٌ أَوْ نَبَهْرَجَةٌ صُدِّقَ وَصَلَ أَمْ فَصَلَ)؛ لِأَنَّ الإِنْسَانَ يَغْصِبُ مَا يَجِدُ وَيُودِعُ مَا يَمْلِكُ فَلَا مُقْتَضَى لَهُ فِي الجِيَادِ وَلَا تَعَامُلَ فَيَكُونُ بَيَانَ النَّوْعِ فَيَصِحُّ وَإِنْ فَصَلَ، وَلِهَذَا لَوْ جَاءَ رَادُّ المَغْصُوبِ الوَدِيعَةِ بِالمَعِيبِ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ فِيهِ مَفْصُولًا اعْتِبَارًا بِالقَرْضِ إِذِ القَبْضُ فِيهِمَا هُوَ المُوجِبُ لِلضَّمَانِ. وَلَوْ قَالَ هِيَ سَتُّوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ بَعْدَمَا أَقَرَّ بِالغَصْبِ الوَدِيعَةِ وَوَصَلَ صُدِّقَ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ؛

بمقتضى عقد التجارة، فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقه عليه؛ وهذا لأنا لو حملنا مطلق إقراره على جهة التجارة لم يصح **قوله**: إِلَا إِنَّهَا زُيُوفٌ، ولو حملناه على جهة أخرى يصح منه ذلك، فحمل كلامه على الوجه الذي يصح أَوْلَى.

قوله: وَقِيلَ لا يُصَدَّقُ، أي: على قول أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: يَنْصَرِفُ إِلَى العُقُودِ لِتَعَيُّنِهَا، فحينئذٍ كان مطلق إقراره بالدين بقوله له: عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٍ، وما لو بين سبب التجارة **بقوله**: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ من ثمن عبد، إلا أنها زُيُوفٌ أَوْ نَبَهْرَجَةٌ، سواء في أنه لا يصدق في دعواه الزيافة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، هذا كله في «المبسوط».

فحصلَ من هذا كله أن جنس هذه المسائل لم يخلوا من أربعة أوجه: فإنه إذا أقرَّ بوجوب الدين عليه إمَّا أن يذكر به سبب الوجوب أو لا، فإن ذكر سبب الوجوب فهو على ثلاثة أوجه: لأنه إما أن يكون ثمن بيع، أو قرضًا، أو غصبًا، أو لم يذكر سبب الوجوب بل أطلق **بقوله**: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٍ، فحكم الكل مذكور في الكتاب.

لِأَنَّ السَّتُّوقَةَ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ لكِنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهَا مَجَازًا فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا فَلَا بُدَّ مِنَ الوَصْلِ (وَإِنْ قَالَ فِي هَذَا كُلِّهِ أَلْفًا ثُمَّ قَالَ إِلَّا أَنَّهُ يَنْقُصُ كَذَا لَمْ يُصَدَّقْ وَإِنْ وَصَلَ صُدِّقَ)؛ لِأَنَّ هَذَا اسْتِثْنَاءُ المِقْدَارِ وَالِاسْتِثْنَاءُ يَصِحُّ مَوْصُولًا، بِخِلَافِ الزِّيَافَةِ؛ لِأَنَّهَا وَصْفٌ وَاسْتِثْنَاءُ الأَوْصَافِ لا يَصِحُّ، وَاللَّفْظُ يَتَنَاوَلُ المِقْدَارَ دُونَ الوَصْفِ وَهُوَ تَصَرُّفٌ لَفْظِيٌّ كَمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ كَانَ الفَصْلُ ضَرُورَةَ انْقِطَاعِ الكَلَامِ فَهُوَ وَاصِلٌ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الِاحْتِرَازِ عَنْهُ.

(وَمَنْ أَقَرَّ بِغَصْبِ ثَوْبٍ ثُمَّ جَاءَ بِثَوْبٍ مَعِيبٍ فَالقَوْلُ لَهُ)؛ لِأَنَّ الغَصْبَ لا يَخْتَصُّ بِالسَّلِيمِ. (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَخَذْتُ مِنْكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَهَلَكَتْ فَقَالَ لا بَلْ أَخَذْتَهَا غَصْبًا فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ قَالَ أَعْطَيْتَنِيهَا وَدِيعَةً فَقَالَ لا بَلْ غَصَبْتَنِيهَا لَمْ يَضْمَنْ) وَالفَرْقُ

قوله: لِأَنَّ السَّتُّوقَةَ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ حقيقةً، ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم، فكان في هذا البيان تغيير لما اقتضاه أوَّل كلامه من تسمية الدراهم؛ لأن ذلك اللفظ يتناول الدراهم صورةً وحقيقةً، وبآخر كلامه تبيَّن أن مراده الدراهم صورةً لا حقيقةً، وبيان التغيير صحيح موصولًا لا مفصولًا.

قوله: وَإِنْ قَالَ فِي هَذَا كُلِّهِ - أي: في البيع والقرض والغصب - إِلَّا أَنَّهُ يَنْقُصُ كَذَا - بأن قال: لفلان عليَّ ألف درهم إلا أنَّها وزن خمسة أو وزن ستة فإنه يصح، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس، أو بسبب أخذ السعال، فعن أبي يوسف رحمه الله أنه يصح وصله بعد ذلك وعليه الفتوى؛ لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله وغيره.

قوله: فَقَالَ لا بَلْ أَخَذْتَهَا غَصْبًا، فالقول للمقر له مع يمينه والمقر ضامن، إلا أن ينكل

أَنَّ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ الأَخْذُ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبْرِئُهُ وَهُوَ الإِذْنُ وَالآخَرُ يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ القَوْلُ لَهُ مَعَ اليَمِينِ. وَفِي الثَّانِي أَضَافَ الفِعْلَ إِلَى غَيْرِهِ وَذَاكَ يَدَّعِي عَلَيْهِ سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ الغَصْبُ فَكَانَ القَوْلُ لِمُنْكِرِهِ مَعَ اليَمِينِ وَالقَبْضُ فِي هَذَا كَالأَخْذِ وَالدَّفْعُ كَالإِعْطَاءِ، فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: إِعْطَاؤُهُ وَالدَّفْعُ إِلَيْهِ لا يَكُونُ إِلَّا بِقَبْضِهِ، فَنَقُولُ: قَدْ يَكُونُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالوَضْعِ بَيْنَ يَدَيْهِ، وَلَوِ اقْتَضَى ذَلِكَ فَالمُقْتَضَى ثَابِتٌ ضَرُورَةً فَلَا يَظْهَرُ فِي انْعِقَادِهِ سَبَبُ الضَّمَانِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَخَذْتُهَا مِنْكَ وَدِيعَةً وَقَالَ الآخَرُ لا بَلْ قَرْضًا حَيْثُ يَكُونُ القَوْلُ لِلْمُقِرِّ وَإِنْ أَقَرَّ بِالأَخْذِ لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا هُنَالِكَ عَلَى أَنَّ الأَخْذَ كَانَ بِالإِذْنِ إِلَّا أَنَّ المُقَرَّ لَهُ يَدَّعِي سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ القَرْضُ وَالآخَرُ يُنْكِرُ فَافْتَرَقَا. (وَإِنْ قَالَ هَذِهِ الأَلْفُ كَانَتْ وَدِيعَةً لِي عِنْدَ فُلَانٍ فَأَخَذْتُهَا فَقَالَ فُلَانٌ هِيَ لِي فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا)؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِاليَدِ لَهُ وَادَّعَى اسْتِحْقَاقَهَا عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ.

المقر له عن اليمين.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَخَذْتُهَا مِنْكَ وَدِيعَةً وَقَالَ الآخَرُ لا بَلْ قَرْضًا حَيْثُ يَكُونُ القَوْلُ لِلْمُقِرِّ وَإِنْ أَقَرَّ بِالأَخْذِ، وهكذا أيضـًا في البيع مكان القرض فإنه لو قال: أخذتُ هذا الثوب منك عارية، وقال المقر له: بل أخذته منِّي بيعًا، فالقول قول الآخذ مع يمينه؛ لأنَّهما تصادقا على أن الأخذ حصل بإذن المالك، وذلك لا يكون سببًا لوجوب الضمان على الآخذ إلا باعتبار عقد الضمان، فالمقر له يدعي عليه عقد الضمان وهو منكر فكان القول قوله، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِنْ قَالَ هَذِهِ الأَلْفُ كَانَتْ وَدِيعَةً لِي، إلى قوله: وَالقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ، أي: بالإجماع، وكذلك لو قال: أقرضتك ألف درهم ثم أخذتها منك، ذكره في «الأسرار».

(وَلَوْ قَالَ: آجَرْتُ دَابَّتِي هَذِهِ فُلَانًا فَرَكِبَهَا وَرَدَّهَا، أَوْ قَالَ: آجَرْتُ ثَوْبِي هَذَا فُلَانًا فَلَبِسَهُ وَرَدَّهُ وَقَالَ فُلَانٌ كَذَبْتَ وَهُمَا لِي فَالقَوْلُ قَوْلُهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: القَوْلُ قَوْلُ الَّذِي أُخِذَ مِنْهُ الدَّابَّةُ وَالثَّوْبُ) وَهُوَ القِيَاسُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الإِعَارَةُ وَالإِسْكَانُ. (وَلَوْ قَالَ خَاطَ فُلَانٌ ثَوْبِي هَذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَبَضْتُهُ وَقَالَ فُلَانٌ الثَّوْبُ ثَوْبِي فَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ) وَجْهُ القِيَاسِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الوَدِيعَةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّ اليَدَ فِي الإِجَارَةِ وَالإِعَارَةِ ضَرُورِيَّةٌ تَثْبُتُ ضَرُورَةَ اسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ المَنَافِعُ فَيَكُونُ عَدَمًا فِيمَا وَرَاءَ الضَّرُورَةِ فَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا لَهُ بِاليَدِ مُطْلَقًا، بِخِلَافِ الوَدِيعَةِ؛ لِأَنَّ اليَدَ فِيهَا مَقْصُودَةٌ وَالإِيدَاعُ إِثْبَاتُ اليَدِ قَصْدًا فَيَكُونُ الإِقْرَارُ بِهِ اعْتِرَافًا بِاليَدِ لِلْمُودِعِ.

وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ فِي الإِجَارَةِ وَالإِعَارَةِ وَالإِسْكَانِ أَقَرَّ بِيَدٍ ثَابِتَةٍ مِنْ جِهَتِهِ،

قوله: وَإِنْ قَالَ: آجَرْتُ دَابَّتِي هَذِهِ فُلَانًا، إلى قوله: وَقَالَا: القَوْلُ قَوْلُ الَّذِي أُخِذَ مِنْهُ الدَّابَّةُ، هذا كله إذا لم تكن الدابة والثوب معروفاً للمقر، أمَّا لو كان الثوب معروفاً أنه للمقر أو الدابة أو الدار فقال: أعرته فلانًا وقبضته منه، فكان القول قول المقر في قولهم؛ لأن الملك فيه معروف للمقر، فلا يكون مجرد اليد فيه لغيره بسبب الاستحقاق عليه، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: فَهُوَ عَلَى هَذَا الاخْتِلَافِ فِي الصَّحِيحِ، احتراز عن قول بعضهم فإنهم قالوا: إن القول في هذا قول المقر بالإجماع، فيكون ذلك دليلًا لأبي حنيفة رحمه الله، ولكن مشايخنا رحمهم الله قالوا: هو على الخلاف أيضاً، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَجْهُ القِيَاسِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الوَدِيعَةِ، وهو قوله: لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِاليَدِ لَهُ وَادَّعَى اسْتِحْقَاقَهَا عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ.

فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ فِي كَيْفِيَّتِهِ. وَلا كَذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ الوَدِيعَةِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِيهَا كَانَتْ وَدِيعَةً، وَقَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ، حَتَّى لَوْ قَالَ أَوْدَعْتُهَا كَانَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وَلَيْسَ مَدَارُ الفَرْقِ عَلَى ذِكْرِ الأَخْذِ فِي طَرَفِ الوَدِيعَةِ وَعَدَمِهِ فِي الطَّرَفِ الآخَرِ وَهُوَ الإِجَارَةُ وَأُخْتَاهُ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الأَخْذَ فِي وَضْعِ الطَّرَفِ الآخَرِ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ أَيْضًا،

قوله: فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ فِي كَيْفِيَّتِهِ؛ لأنه أقرَّ فيما في يده بإيجاب اليد لغيره، فيقبل قول المقر أن اليد له كانت من قبله، كما لو كان في يده عبد فقال: هذا عبدي بعتُه من فلان ولم أسلمه إليه بعد، فقال المقر له: لا، بل كان عبدي لم أشتره منك، أن القول قول المقر دون المقر له لهذا المعنى أن المقر أقرَّ له بالملك من جهة نفسه، فإذا ادعى المقر له أن الملك له من جهة أخرى لا من جهته لا يقبل قوله.

وذكر في «الأسرار» هذه المسألة بقوله: ملكتك عبدي هذا بألف درهم ولم أقبض الثمن فليَ أن أحبسه فإن القول قوله وله حق الحبس، وإن أنكر الآخر وزعم أنه ملكه.

قوله: وَلا كَذَلِكَ مَسْأَلَةُ الوَدِيعَةِ، لِأَنَّهُ قَالَ فِيهَا كَانَتْ وَدِيعَةً، وَقَدْ تَكُونُ الوَدِيعَةُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ، كاللقطة أمانة ووديعة في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها، وكذا الثوب إذا هبت به الريح فألقته في دار إنسان فإنه يكون وديعة عند صاحب الدار وإن لم يدفع إليه صاحبه، وكذا المودع إذا ماتَ تصير الوديعة في يد وارثه وديعة وإن لم يدفع إليه صاحبها، فثبتَ أن الإقرار بالوديعة لا يدل على إثبات اليد له من قبله.

قوله: وَلَيْسَ مَدَارُ الفَرْقِ عَلَى ذِكْرِ الأَخْذِ فِي طَرَفِ الوَدِيعَةِ وَعَدَمِهِ فِي الطَّرَفِ الآخَرِ، هذا احتراز عن قول الإمام القمي رحمه الله فإنه قال: إنَّما وجب الرد في مسألة الوديعة؛ لأنه قال فيها: أخذتها منه فيجب جزاؤه، وجزاء الأخذ الرد في العارية، هذا كله في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَأُخْتَاهُ - وهما الإمكان والعارية - لِأَنَّهُ ذَكَرَ الأَخْذَ فِي وَضْعِ الطَّرَفِ الآخَرِ، وهو الإجارة وأختاه، ووجه آخر ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله فقال: ولأن في الإجارة

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ اقْتَضَيْتُ مِنْ فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ كَانَتْ لِي عَلَيْهِ أَوْ أَقْرَضْتُهُ أَلْفًا ثُمَّ أَخَذْتُهَا مِنْهُ وَأَنْكَرَ المُقَرُّ لَهُ حَيْثُ يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ؛ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَذَلِكَ إنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، فَإِذَا أَقَرَّ بِالِاقْتِضَاءِ فَقَدْ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى تَمَلُّكَهُ عَلَيْهِ بِمَا يَدَّعِيهِ مِنَ الدَّيْنِ مُقَاصَّةً وَالآخَرُ يُنْكِرُهُ، أَمَّا هَاهُنَا المَقْبُوضُ عَيْنُ مَا ادَّعَى فِيهِ الإِجَارَةَ وَمَا أَشْبَهَهَا فَافْتَرَقَا.

وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ فُلَانًا زَرَعَ هَذِهِ الأَرْضَ أَوْ بَنَى هَذِهِ الدَّارَ أَوْ غَرَسَ هَذَا الكَرْمَ وَذَلِكَ كُلُّهُ

والإعارة لو أخذنا المعير والمؤاجر بإقرارهما يمتنع الناس عن الإجارة والإعارة، ولا يؤاخذ بإقرارهما استحساناً كيلا تنقطع الإجارة والإعارة، وأمَّا في الوديعة فمنفعة الإيداع تعود إلى المالك، فلو أخذنا المالك بإقراره لا ينقطع الإيداع.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ اقْتَضَيْتُ مِنْ فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ، إلى آخره، صورته ما ذكره في «المبسوط» فقال: وإذا أقرَّ الرجل أنه اقتضى من رجل ألف درهم كانت له عليه وقبضها، فقال فلان: أخذت منِّي هذا المال ولم يكن لك عليَّ شيء فرده عليَّ، فإنه يجبر على أن يرد المال بعد أن يحلف أنه ما كان له عليَّ شيءٌ، وروى أبو يوسف عن أبي ليلى رحمهما الله أنه لا شيء على المقر، ووجهه أنه ما أقرَّ بشيء على نفسه لغيره إنما أقرَّ بوصول حقه إليه وذلك غير ملزم إيَّاه شيئاً، ولكنا نقول: الاقتضاء عبارة عن قبض مال مضمون من ملك الغير؛ لأن المقتضي يستوفي من مال المديون مثل ما له عليه فيصير قصاصًا بدينه، والقبض المضمون من ملك الغير سبب لوجوب الضمان عليه، وقد أقرَّ ثم ادَّعى لنفسه دينًا على صاحبه، ولا يثبت الدين له على صاحبه بدعواه ولكن يتوجه اليمين، فإذا حلف لزمه رد المقبوض، وكذلك لو أقرَّ أنه قبض من فلان ألف درهم كانت وديعة له عنده أو هبة وهبها له فقال: بل هي مالي قبضته منِّي، فعليه أن يرده بإقراره بقبض المال من يد الغير، وعلى اليد ما أخذت حتى ترد ولم يثبت ما ادعى من الحق فيه لنفسه.

قوله: وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ فُلَانًا زَرَعَ هَذِهِ الأَرْضَ لِيْ، إلى قوله: فَالقَوْلُ لِلْمُقِرِّ، فحصلَ من هذا

فِي يَدِ المُقِرِّ فَادَّعَاهَا فُلَانٌ وَقَالَ المُقِرُّ لا بَلْ ذَلِكَ كُلُّهُ لِي اسْتَعَنْتُ بِكَ فَفَعَلْتَ أَوْ فَعَلْتَهُ بِأَجْرٍ فَالقَوْلُ لِلْمُقِرِّ؛ لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ لَهُ بِاليَدِ وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ فِعْلٍ مِنْهُ، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي مِلْكٍ فِي يَدِ المُقِرِّ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ خَاطَ لِي الخَيَّاطُ قَمِيصِي هَذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَقُلْ قَبَضْتُهُ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا بِاليَدِ وَيَكُونُ القَوْلُ لِلْمُقِرِّ لِمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِفِعْلٍ مِنْهُ وَقَدْ يَخِيطُ ثَوْبًا فِي يَدِ المُقِرِّ كَذَا هَذَا.

كله أن جنس هذه المسائل على ثلاثة أنواع:

(١) ففي نوع منها كان القول قول المقر له بالإجماع، وهو مسألة الوديعة والإقراض والاقتضاء.

(٢) وفي نوع منها كان القول قول المقر بالإجماع، وهو مسألة بيع العبد، ومسألة زرع هذه الأرض، أو بناء هذه الدار، ومسألة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه.

(٣) وفي نوع منها اختلفوا فيه، فعند أبي حنيفة رحمه الله القول قول المقر كما في النوع الثاني، وعندهما القول قول المقر له كما في النوع الأول، وهو مسألة الإجارة والإسكان والإعارة وخياطة الثوب مع ذكر القبض.

قوله: وَالقَوْلُ لِلْمُقِرِّ؛ لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ لَهُ بِاليَدِ وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ فِعْلٍ مِنْهُ، هذا احتراز عمَّا إذا أقرَّ الرجل أن فلاناً ساكن في هذا البيت وادعى فلان البيت، فإنه يقضى به للساكن على المقر؛ لأن السكنى تثبت اليد للساكن على المسكن وإقراره باليد للغير حجة عليه، وما ثبتَ بإقراره كالمعاين في حقه كما في «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

(بَابُ إِقْرَارِ المَرِيْضِ)

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ بِدُيُونٍ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ وَدُيُونٌ لَزِمَتْهُ فِي مَرَضِهِ بِأَسْبَابٍ مَعْلُومَةٍ فَدَيْنُ الصِّحَّةِ وَالدَّيْنُ المَعْرُوفَةُ الأَسْبَابِ مُقَدَّمٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: دَيْنُ المَرَضِ وَدَيْنُ الصِّحَّةِ يَسْتَوِيَانِ لِاسْتِوَاءِ سَبَبِهِمَا،

باب إقرار المريض

لَمَّا فرغ من بيان أحكام إقرار الصحيح وهو الأصل، شرع في بيان أحكام إقرار المريض وهو العارض والفرع؛ لأن المرض بعد الصحة، وأفرده بباب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست هي للصحيح.

قوله: وَالدَّيْنُ المَعْرُوفَةُ الأَسْبَابِ مُقَدَّمٌ، صورته رجل استقرض مالًا في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال إلى المريض المستقرض، أو اشترى شيئًا وعاين الشهود قبض المبيع، أو استأجر شيئًا بمعاينة الشهود، أو تزوج امرأة بمهر مثلها وعاين الشهود النكاح، وعليه ديون الصحة فإن هذه الديون تساوي ديون الصحة مع أن ديون الصحة تعلقت بماله سابقًا على تعلق حق أصحاب هذه الديون؛ وإنما كان كذلك لأن حق الغرماء متعلق بمعنى الأموال وهو المالية لا بأعيانها، ولئن كان خرج بعض أمواله إلى هذه الوجوه فقد أدخل مثلها في المالية في ملكه، وما أدخل في ملكه صالح لقضاء حق غرماء الصحة، وفي بعض هذه التصرفات إن كان إبطال حق غرماء الصحة وهو النكاح والاستئجار، إلا أن ذلك من حوائجه الأصلية، وحاجته الأصلية مقدمة على حق غرماء الصحة، ألا ترى أن حاجته في ثمن الأدوية وأجرة الطبيب ومأكله وملبسه وما أشبهها مقدمة على حق غرماء الصحة، كذا في «الذخيرة».

وَهُوَ الإِقْرَارُ الصَّادِرُ عَنْ عَقْلٍ وَدِينٍ، وَمَحَلُّ الوُجُوبِ الذِّمَّةُ القَابِلَةُ لِلْحُقُوقِ فَصَارَ كَإِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ مُبَايَعَةً وَمُنَاكَحَةً. وَلَنَا أَنَّ الإِقْرَارَ لا يُعْتَبَرُ دَلِيلًا إِذَا كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الغَيْرِ، وَفِي إِقْرَارِ المَرِيضِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ حَقَّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ تَعَلَّقَ بِهَذَا المَالِ

قوله: وَهُوَ الإِقْرَارُ الصَّادِرُ عَنْ عَقْلٍ وَدِينٍ، وإنما تعرض لهذين الوصفين؛ لأن العقل والدين هما اللذان يمنعان المرء عن الكذب في إخباره، والإقرار إخبار عن الواجب في ذمته فلا يكذب في إقراره لوجود هذين الوصفين في المقر، وفي هذا لا يتفاوت بين أن يكون المقر صحيحًا أو مريضًا، بل بالمرض يزداد معنى رجحان جانب الصدق؛ لما أن المرض حالة التوبة والإنابة.

قوله: وَمَحَلُّ الوُجُوبِ الذِّمَّةُ القَابِلَةُ لِلْحُقُوقِ، وهي ذمة الحر البالغ العاقل.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الإِقْرَارَ لا يُعْتَبَرُ دَلِيلًا إِذَا كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الغَيْرِ، وَفِي إِقْرَارِ المَرِيضِ ذَلِكَ؛ لأن المريض إنما حجر عن الإقرار بالدين بسبب دين الصحة، فكان في تصحيح إقراره إبطال دين الصحة فلا ينفذ ذلك، كمن رهن ماله أو أجره ثم أقرَّ به لغيره فإنه لا ينفذ في حق المرتهن والمستأجر، أو نقول: إن أحد الإقرارين وجد في حالة الإطلاق والآخر في حالة الحجر، فيقدّم ما وجد في حالة الإطلاق على ما وجد في حالة الحجر، كالعبد إذا أقرَّ بدين في حالة الإذن وبدين آخر في حالة الحجر.

وإنما قلنا: بأنه محجور؛ لأن بسبب المرض يلحقه الحجر لتعلق حق الغرماء والورثة بماله، حتى لا يجوز تبرعه بشيء إذا كان الدَّين محيطـًا، وفيما زاد على الثلث إذا لم يكن عليه دين لتعلق حق الورثة بماله.

وقوله: بأن المرض دليل على صدقه في إقراره، قلنا: هو في حق من ترجح أمر دينه على هواه، فأمَّا في حق من ترجح هواه على أمر دينه فهذه الحالة حالة المبادرة إلى ما كان يريده ويهواه ممَّا قدم نفسه فيها، فلما أيس من نفسه أقرَّ[1] من يهوي على ما هو المستحق لماله،

(١) اللفظ في بعض النسخ (آثَرَ).

اسْتِيفَاءً، وَلِهَذَا مُنِعَ مِنَ التَّبَرُّعِ وَالمُحَابَاةِ إِلَّا بِقَدْرِ الثُّلُثِ. بِخِلَافِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ وَهُوَ بِمَهْرِ المِثْلِ، وَبِخِلَافِ المُبَايَعَةِ بِمِثْلِ القِيمَةِ؛

وعلى الحقيقة لا يتبين عليه إحدى الحالتين على الأخرى إلا بوجه، فعلقت التهمة بالسبب الداعي إلى الوصية وصلة الناس بماله وهو مرض الموت.

فإن قيل: الإقرار بالوارث في مرضه يصح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة، فلِمَ لم يصح الإقرار بالدين مع استوائهما في إبطال حق الورثة؟

قلنا: إن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعًا، والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودًا فيُضاف إلى الموت، ألا ترى أن شاهدي النسب قبل الموت إذا رجعا بعد الموت وأخذ المشهود له المال لم يضمنا شيئًا، فأما الدين فلا يجب بالموت بل بالإقرار، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَلِهَذَا مُنِعَ مِنَ التَّبَرُّعِ وَالمُحَابَاةِ، ففي هذا جواب عمَّا ادعاه الشافعي رحمه الله من استواء حال الصحة وحال المرض، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حالة المرض، كما لا يمنع عنهما في حالة الصحة، وإن استغرق الدُّيون جميع أمواله.

قوله: إِلَّا بِقَدْرِ الثُّلُثِ، أي: فيما إذا لم يكن عليه دين، وأمَّا إذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلًا في الثلث وما دونه كما ذكرنا.

قوله: لِأَنَّهُ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ؛ لأن إبقاء النفس من الحوائج الأصلية، وليس له طريق إلى ذلك إلا بالتناسل وطريقه النكاح، والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية، وإن كان ثمَّة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية.

فإن قيل: لو تزوج وهو لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء وجواري، أو هو شيخ كبير لا يولد له عادةً، أو تزوج آيسة وهي تشارك غرماء الصحة، مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الأصلية؛ لأنه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة.

قلنا: النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة، والعبرة لأصل الوضع لا للحال، فإن الحال ممَّا لا يوقف عليه ليبتني الأمر عليها، إلى هذا أشار في «الأسرار».

لِأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالمَالِيَّةِ لا بِالصُّورَةِ، وَفِي حَالَةِ الصِّحَّةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالمَالِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الِاكْتِسَابِ فَيَتَحَقَّقُ التَّثْمِيرُ، وَهَذِهِ حَالَةُ العَجْزِ وَحَالَتَا المَرَضِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهُ حَالَةَ الحَجْرِ، بِخِلَافِ حَالَتَي الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ؛ لِأَنَّ الأُولَى حَالَةُ إِطْلَاقٍ وَهَذِهِ حَالَةُ عَجْزٍ فَافْتَرَقَا، وَإِنَّمَا تُقَدَّمُ الدُّيُونُ المَعْرُوفَةُ الأَسْبَابِ؛ لِأَنَّهُ لا تُهْمَةَ فِي ثُبُوتِهَا إِذِ المُعَايَنُ لا مَرَدَّ لَهُ، وَذَلِكَ مِثْلُ بَدَلِ مَالٍ مَلَكَهُ أَوِ اسْتَهْلَكَهُ وَعُلِمَ وُجُوبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ أَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِمَهْرِ مِثْلِهَا، وَهَذَا الدَّيْنُ مِثْلُ دَيْنِ الصِّحَّةِ لا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الآخَرِ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ فِي يَدِهِ لِآخَرَ لَمْ يَصِحَّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ لِتَعَلُّقِ

قوله: لِأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالمَالِيَّةِ لا بِالصُّورَةِ، والمالية باقية وإن فاتت الصورة.

قوله: وَهَذِهِ حَالَةُ العَجْزِ - أي: حالة المرض - وَحَالَتَا المَرَضِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ، أي: حالة أول المرض وحالة آخر المرض بعد أن يتصل بهما الموت حالة واحدة، هذا جواب لسؤال مقدر يرد على **قوله:** لِأَنَّ حَقَّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ تَعَلَّقَ بِهَذَا الْمَالِ، بأن يقال: لو كان تعلق الدين المقدم مانعـًا عن الإقرار بدين آخر، ينبغي أن لا يصح إقرار المريض بالدين ثانيًا بعد ما أقرَّ أولًا في حال مرضه، لتعلق حق المقر له الأول بماله، كما لا يصح إقراره في حالة المرض إذا كان له غرماء الصحة، لتعلق حق غرماء الصحة بماله، فأجاب عنه وقال: ليس كذلك؛ لأن الإقرارين في حالة المرض بمنزلة إقرار واحد، لكون أحوال المرض بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر، كما أن أحوال الصحة كلها بمنزلة حالةً واحدة في حق الإطلاق، أمَّا حالة الصحة مع حالة المرض فتختلفان باختلاف صفتهما من الإطلاق والحجر، فلذلك صار تعلق حق غرماء الصحة بماله مانعًا عن صحة إقراره في حالة المرض.

قوله: وَعُلِمَ - بهذا - وُجُوبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ، بأن ثبت وجوبه بمعاينة القاضي أو بالبينة.

قوله: لا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الآخَرِ لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى **قوله:** لِأَنَّهُ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ، **وقوله:** لِأَنَّهُ لا تُهْمَةَ فِي ثُبُوتِهَا.

حَقِّهِمْ بِهِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الغُرَمَاءِ دُونَ البَعْضِ؛ لِأَنَّ فِي إِيثَارِ البَعْضِ إِبْطَالُ حَقِّ البَاقِينَ، وَغُرَمَاءُ الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، إِلَّا إِذَا قَضَى مَا اسْتَقْرَضَ فِي مَرَضِهِ أَوْ نَقَدَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَى فِي مَرَضِهِ وَقَدْ عُلِمَ بِالبَيِّنَةِ.

قوله: وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الغُرَمَاءِ دُونَ البَعْضِ، أي: لا يجوز قضاء دين بعض الغرماء الذي لم يدخل بدل ذلك الدين في ملك المريض حال مرضه، أمَّا إذا دخل فيجوز على ما يجيء.

وذكر في «المبسوط»: ولو قضى بعض غرماء الصحة دينه ثمَّ مات لم يُسلِّم المقبوض للقابض، بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: المقبوض سالم للقابض، وهو بناء على أصله أن بسبب المرض لا يلحقه الحجر عن السعي في فكاك رقبته، وقضاء الدين سعي منه في فكاك رقبته فكان فعله في المرض والصحة سواء؛ وهذا لأنه ناظر لنفسه فيما يصنع فإنه قضى دين من كانت حاجته أظهر، ومن يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة، وتصرفه على وجه النظر منه لنفسه يكون صحيحًا فلا يرد.

ولنا أن حق الغرماء تعلق بماله بالمرض، وهو بقضاء دين بعضهم مبطل حق سائر الغرماء عمَّا دفعه إلى هذا، وهو لا يملك إبطال حق الغرماء عن شيء ممَّا تعلق به حقهم، كما لو وهبَ شيئًا.

قوله: وَغُرَمَاءُ الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، أي: وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في المعروفة الأسباب، سواء في عدم جواز إثبات البعض على البعض بقضاء الدين.

قوله: إِلَّا إِذَا قَضَى مَا اسْتَقْرَضَ فِي مَرَضِهِ، إلى آخره، هذا استثناء من **قوله**: وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الغُرَمَاءِ، **وقوله**: فِي مَرَضِهِ، متعلق بالفعلين جميعًا، أعنِي قضى واستقرَضَ، يعنِي إلا إذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه.

وكذلك **قوله**: أَوْ نَقَدَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَى فِي مَرَضِهِ، أي: نقد في مرضه ثمن ما اشترى

قَالَ: (فَإِذَا قُضِيَتْ) يَعْنِي الدُّيُونَ المُقَدَّمَةَ (وَفَضَلَ شَيْءٌ يُصْرَفُ إِلَى مَا أَقَرَّ بِهِ

في مرضه، أي: فحينئذٍ يجوز للمريض أن يخصص المقرض والبائع بقضاء دينهما دون غيرهما، وليس لغيرهما أن يشاركهما فيما قضى لهما من الدين؛ وإنما كان هكذا لأن حق الغرماء متعلق بمالية التركة لا بعين التركة، فإن المريض لو أخرج عن ملكه ما قضى به دينهما فقد أدخل بدلًا لا يعادله، فلا يكون إبطالًا لحق الغرماء بل يكون نقلًا من محل إلى محل.

وذكر في «الإيضاح» بعد ما ذكر: وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الغُرَمَاءِ دُونَ البَعْضِ، قال: إلا أن يكون يستقرض في مرضه ألفًا وقبضه أو اشترى شيئًا بمثل قيمته فقبضه ثم قضى القرض ونقد ثمن ما اشترى فإن ذلك يجوز على الغرماء إذا عُلم سببه؛ لأن هذا ليس بإيثار ولا بإبطال للحق؛ لأنه حصل له مثل ما نقد وحقُّ الغرماء يتعلق بمعنى التركة لا بالصورة، فإذا حصل له مثله معنى لم يعد ذلك تفويتًا.

وذكر في «المبسوط»: ولو قضى دين هذا الذي أخذ منه في المرض كان جائزًا وهو له دون غرماء الصحة؛ لأنه حول حق الغرماء من محل إلى محل يعدله، فليس في هذا القضاء إبطال حقهم عن شيءٍ فكان مباشرته في الصحة والمرض سواءً، أرأيتَ لو ردَّ ما استقرَض بعينه أو فسخ البيع وردَّ المبيع بعيب أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحَّة لا يمتنع ذلك، فكذلك إذا رد بدله؛ لأن حكم البدل حكم المبدل، فعُلِم بهذا كله أن تعميم عدم الجواز في قوله: وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الغُرَمَاءِ فيما إذا لم يدخل في ملك بدل المريض ما يعادل للذي قضى به دين بعض الغرماء في مرضه حتى يتحول حق الغرماء إليه، أمَّا إذا دخل ما يعادله فيجوز لتحول حقهم إليه.

وذكر في «الذخيرة» بأوضح من هكذا فقال: فإن قضى المريض ديون هولاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا؟ قال: لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر؛ لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل على غرماء الصحة؛ لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في أعيانها، وهذا لا يكون إبطالًا لحقهم بل كان نقلًا لحقهم وله ولاية النقل، ألا ترى أنه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك، فأمَّا النكاح والإجارة بقضاء المهر والأجر أبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته؛

فِي حَالَةِ المَرَضِ)؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ فِي ذَاتِهِ صَحِيحٌ، وَإِنَّمَا رُدَّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ فَإِذَا لَمْ يَبْقَ حَقُّهُمْ ظَهَرَتْ صِحَّتُهُ.

قَالَ: (فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ جَازَ إِقْرَارُهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَضَمَّنْ إِبْطَالَ حَقِّ الغَيْرِ وَكَانَ المُقَرُّ لَهُ أَوْلَى مِنَ الوَرَثَةِ لِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: إِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ

لأن ما وصل إليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم، فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة، فكان إبطالًا لحقهم وليس له ولاية الإبطال.

قوله: لِأَنَّ الإِقْرَارَ فِي ذَاتِهِ صَحِيحٌ؛ لأن إقرار المقر محمول على الصدق في حقه حتى يكون حجة عليه، فأمَّا في حق الغير فهو محمول على الكذب لكونه متهمًا في حق الغير، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ جَازَ إِقْرَارُهُ، أي: وإن أقرَّ بكل ماله، وقال أصحابنا: القياس أن لا يجوز إقراره إلا في الثلث؛ لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة، ألا ترى أنه لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ إلا في الثلث، فكذا الإقرار وجبَ أن لا ينفذ إلا فيه، وإنما تركوا القياس ونفذوا الإقرار في الكل لأثر جاء عن ابن عمر رضي الله عنه، وكان الفقه فيه أن الثلث لمَّا جعل محل تصرفه نفذ الإقرار في الثلث، فكان له حق التصرف في الثلث الثاني؛ لأن محل الوصية الثلث بعد الدين فنفذ الإقرار في هذا الثلث الثاني، ثم لا يزال يصح إلى أن يأتي الإقرار على الجميع، كذا في «الإيضاح»، وهذه المسألة بهذا التعليل تجيء في الكتاب بُعيد هذا.

فإن قلتَ: هذا الفقه الذي ذكره في «الإيضاح» في حق إقرار المريض بجميع المال في حق جواز الإقرار بجميع المال واراد أيضـًا في الوصية بجميع المال، فينبغي أن تجوز وصيته بجميع المال إذا لم يكن عليه دين بهذا الطريق الذي ذكر؛ لأن المريض كان له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة، فلمَّا صحَّ تصرفه في ثلث ماله كان له حق التصرف أيضـًا في الثلث الباقي؛ لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو في الابتداء، فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضـًا، ثمَّ وثمَّ هكذا إلى أن يأتي الكل.

بِدَيْنٍ جَازَ ذَلِكَ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ تَرِكَتِهِ؛ وَلِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ وَحَقُّ الوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ بِشَرْطِ الفَرَاغِ وَلِهَذَا تُقَدَّمُ حَاجَتُهُ فِي التَّكْفِينِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَقَرَّ المَرِيضُ لِوَارِثِهِ لا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ فِيهِ بَقِيَّةُ الوَرَثَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ إِظْهَارُ حَقٍّ ثَابِتٍ لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الصِّدْقِ فِيهِ، وَصَارَ كَالإِقْرَارِ لِأَجْنَبِيٍّ وَبِوَارِثٍ آخَرَ وَبِوَدِيعَةٍ مُسْتَهْلَكَةٍ لِلْوَارِثِ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

قلتُ: نعم كذلك إلا أن بين الإقرار والوصيَّة فرقًا في أصله، وهو أن الوصية بالمال إنشاء تبرع محض من الابتداء، وتبرعه مقصور على الثلث بالشرع، وأمَّا الإقرار فهو إخبار في نفسه ليس بإنشاء تبرع إنما جعل تبرعًا في حق غرماء الصحة لئلا يبطل حقهم الثابت شرعًا من كل وجه، ولمَّا كان هو إخبارًا في نفسه كان الظاهر من حال العاقل أنه لا يكذب في إخباره، فأخذ به إذا لم يتضمن إبطال حق غرماء الصحة، فصار هو كالوكيل بالبيع إذا عزله الموكل فقال: كنتُ بعته لم يصدق إذا كان إخباره بعد العزل، ويصدق إذا كان إخباره بالبيع قبل العزل؛ لأن إخبار العاقل يحمل على الصدق في أصله إذا لَمْ يَتَضَمَّنْ إِبْطَالَ حَقِّ الغَيْرِ، فكان إقراره بجميع المال لآخر عند وجود غرماء الصحة بمنزلة إقرار الوكيل بالبيع بعد العزل من حيث يضمن إخباره إبطال حق الغير، فلا يصح عند وجود غرماء الصحة، إلى هذا أشار في «الأسرار».

قوله: وَلِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ؛ إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «الدين حائل بينه وبين الجنة».

قوله: وَإِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ لِوَارِثِهِ لا يَصِحُّ، وهو بإطلاقه يتناول العين والدين، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَصِحُّ، بناء على أصله أن الحجر بسبب المريض عن التبرع بما زاد على الثلث مع الأجنبي، وعن التبرع بشيء مع الوارث ولا حجر عليه فيما يرجع إلى البيع في فكاك رقبته، فكان إقراره في الصحة والمرض سواء، كذا في «المبسوط».

قوله: وَبِوَدِيعَةٍ مُسْتَهْلَكَةٍ لِلْوَارِثِ، أي: أقرَّ باستهلاك وديعة معينة للوارث فإنه صحيح، والجواب عنه أنَّا لو لم نعتبر إقراره يصير أنه مات مجهلًا فيجبُ الضمان فلا ينفذ رد إقراره؛

وَالسَّلَامُ - «لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَلا إِقْرَارَ لَهُ بِالدَّيْنِ»؛ وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ حَقُّ الوَرَثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ وَلِهَذَا يُمْنَعُ مِنَ التَّبَرُّعِ عَلَى الوَارِثِ أَصْلًا، فَفِي تَخْصِيصِ البَعْضِ بِهِ إِبْطَالُ حَقِّ البَاقِينَ؛ وَلِأَنَّ حَالَةَ المَرَضِ حَالَةُ الِاسْتِغْنَاءِ وَالقَرَابَةِ سَبَبُ التَّعَلُّقِ، إِلَّا أَنَّ هَذَا التَّعَلُّقَ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ لِحَاجَتِهِ إِلَى المُعَامَلَةِ فِي الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَوِ انْحَجَرَ عَنِ الإِقْرَارِ بِالمَرَضِ يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنِ المُعَامَلَةِ مَعَهُ، وَقَلَّمَا تَقَعُ المُعَامَلَةُ مَعَ الوَارِثِ وَلَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الإِقْرَارِ بِوَارِثٍ آخَرَ لِحَاجَتِهِ أَيْضًا، ثُمَّ هَذَا التَّعَلُّقُ حَقُّ

ولأن الوديعة بكونها معينة للوارث تندفع التهمة.

وذكر في «الجامع الكبير» صورته فقال: رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الأب أو مرضه بمعاينة الشهود فلمَّا حضرته الوفاة قال: استهلكتها ثمَّ مات وأنكر ذلك سائر الورثة، فإن إقرار المريض جائز والألف من تركته للابن المقر له خاصة؛ لأن تصرف المريض إنما يرد للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا، ألا ترى أنا إذا كذبناه فماتَ وجب الضمان أيضًا في تركته؛ لأنه مات مجهلًا.

وفي «المبسوط»: وحجتنا في ذلك قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَلا إِقْرَارَ لَهُ بِالدَّيْنِ»، إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة، وإنما المشهور قول ابن عُمر رضي الله عنهما أرادَ به ما رُوي عن ابن عمر رضي الله عنهما: «إذا أقرَّ الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز».

قوله: وَإِنْ أَحَاطَ - ذلك - بِمَالِهِ، وإن أقرَّ لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة، وبه أخذ علماؤنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس.

قوله: فَفِي تَخْصِيصِ البَعْضِ بِهِ إِبْطَالُ حَقِّ البَاقِينَ، فنذكر هاهنا ما ورد من الإشكال الذي ذكرنا على هذا اللفظ، وهو أنَّ إبطال حق الباقين كما يبطل بتخصيص البعض بالإقرار بالدين، فكذلك يبطل حقهم بالإقرار بوارث آخر وهو صحيح بالاتفاق، فينبغي أن يصح أن

بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ، فَإِذَا صَدَّقُوهُ فَقَدْ أَبْطَلُوهُ فَيَصِحُّ إقْرَارُهُ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ جَازَ وَإِنْ أَحَاطَ بِمَالِهِ) لِمَا بَيَّنَّا، وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ إلَّا فِي الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَصَرَ تَصَرُّفَهُ عَلَيْهِ. إلَّا أَنَّا نَقُولُ: لَمَّا صَحَّ إقْرَارُهُ فِي الثُّلُثِ كَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي ثُلُثِ البَاقِي؛ لِأَنَّهُ الثُّلُثُ بَعْدَ الدَّيْنِ ثُمَّ وَثُمَّ حَتَّى يَأْتِيَ عَلَى الكُلِّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ ثُمَّ قَالَ: هُوَ ابْنِي ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَبَطَلَ إقْرَارُهُ، فَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَبْطُلْ إقْرَارُهُ لَهَا) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ دَعْوَةَ النَّسَبِ تَسْتَنِدُ إلَى وَقْتِ العُلُوقِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَقَرَّ لِابْنِهِ فَلَا يَصِحُّ، وَلا كَذَلِكَ الزَّوْجِيَّةُ؛ لِأَنَّهَا تَقْتَصِرُ عَلَى زَمَانِ التَّزَوُّجِ فَبَقِيَ إقْرَارُهُ لِأَجْنَبِيَّةٍ.

هذا الإقرار أيضـًا، وقد ذكرناه وجوابه عن قريب.

قوله: فَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَبْطُلْ إقْرَارُهُ لَهَا، هذا الإطلاق من غير ذكر الخلاف فيما إذا كان المقر صحيحًا، أَمَّا إذا أقرَّ المريض لأجنبية ثم تزوَّجها ثم ماتَ بقي إقراره صحيحًا عندنا، خلافـًا لزُفر رحمه الله فإن عنده يبطل الإقرار، ذكره في وصايا «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَلا كَذَلِكَ الزَّوْجِيَّةُ؛ لِأَنَّهَا تَقْتَصِرُ عَلَى زَمَانِ التَّزَوُّجِ فَبَقِيَ إقْرَارُهُ لِأَجْنَبِيَّةٍ، فإن قلتَ: يشكل هذا بما إذا أقرَّ المريض لأخيه وللمقر ابن فمات الابن قبله ثم مات المقر فإن إقراره للأخ باطل، فلو كانت الزوجية هاهنا مقتصرة على زمان التزوج يجبُ أن تكون الوارثة في تلك المسألة مقتصرة على زمان موت الابن، حتى يبقي إقراره لغير الوارث كما كان كذلك وقت الإقرار، والإقرار لغير الوارث صحيح فما الفرق بينهما حيث اعتبر وقت الإقرار هاهنا ولم يعتبر هناك، مع أن كل واحد منهما غير وارث وقت الإقرار؟

قلتُ: إن الحجر عن الإقرار يثبت بالمرض وإرث المقر له، فإن الإقرار للأجنبي صحيح بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين كما يصح ذلك من الصحيح، فإذا وجد الإقرار

قَالَ: (وَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثًا ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ فَلَهَا الأَقَلُّ مِنَ الدَّيْنِ وَمِنْ مِيرَاثِهَا مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ فِيهِ لِقِيَامِ العِدَّةِ، وَبَابُ الإِقْرَارِ مَسْدُودٌ لِلْوَارِثِ

قبل سبب الإرث وقد وجد قبل وجود أحد وصفي علة الحجر فلا يثبت فيه حكم الحجر بوجود الوصف بعده، كما إذا أقرَّ للوارث في صحَّته ثم مرض، بخلاف الإقرار للأخ؛ لأنه وارث بالأخوّة إلا أنه محجوب بالابن، فإذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثًا بالنسب الموجود حين الإقرار فاستند الحجر إليه، فأمَّا هاهنا فالإرث بسبب بعد الإقرار فلا يمكن إسناد الحجر إلى ما قبل العلة، كذا في «الأسرار».

وحاصل جنس هذه المسائل على خمسة أوجه: (١) إما إن كان المقر له وارثـًا للمقرِّ بطريق الاستمرار من وقت الإقرار إلى وقت الموت، (٢) أو لم يكن وارثـًا بطريق الاستمرار، (٣) أو كان وارثـًا وقت الإقرار دون الموت، (٤) أو على العكس، (٥) أو كان وارثـًا وقت الإقرار والموت لا فيما بينهما.

أمَّا في الوجه الأول يبطل الإقرار، وفي الوجه الثاني لا يبطل وهما ظاهران، وأمَّا الوجه الثالث وهو ما إذا كان وارثـًا وقت الإقرار دون الموت، بأن أقرَّ المريض لأخيه فولد له ابن، أو كان ابنه كافرًا أو رقيقًا فأسلم وعتق، فصار هو الوارث دون الأخ جاز إقراره؛ لأن المانع من صحة الإقرار كونه وارثـًا والوراثة إنما تثبت عند الموت، فإذا لم يكن من ورثته عند الموت كان هو والأجانب سواءً.

وأمَّا عكسه فهو أن لا يكون وارثـًا عند الإقرار ثمَّ صار وارثـًا عند الموت بأن أقرَّ لأخيه وله ابن ثمَّ مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثـًا بطل إقراره له عندنا، وقال زفر رحمه الله: إقراره له صحيح وقد ذكرناه؛ لأن الإقرار موجب الحق بنفسه، وإنما ينظر إلى حال الإقرار وقد حصل لمن ليس بوارث فلا يبطل بصيرورته وارثـًا بعد ذلك، كما لو أقرَّ له في صحته ثم مَرِض، وكما لو أقرَّ لأجنبية ثم تزوجها.

ولنا أنه وارث بسبب كان قائمًا وقت الإقرار، فتبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل؛ وهذا لأن الحكم مضاف إلى سببه، فإذا كان السبب قائمًا وقت الإقرار تتبين صفة الوارثة للمقر له من ذلك الوقت، بخلاف الأجنبية إذا تزوجها؛ لأنها صارت وارثة بسبب

فَلَعَلَّهُ أَقْدَمَ عَلَى هَذَا الطَّلَاقِ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ لَهَا زِيَادَةً عَلَى مِيرَاثِهَا وَلَا تُهْمَةَ فِي أَقَلِّ الأَمْرَيْنِ فَيَثْبُتُ.

حادث بعد الإقرار، والحكم لا يسبق سببه فلا يتبيَّن أن الإقرار حين حصل كان للوارث، وبخلاف ما لو أقرَّ في الصحة ثم مرض؛ لأن المرض حادث بعد الإقرار، فالحجر بسببه لا يستند إلى وقت الإقرار.

وأمَّا الوجه الخامس فهو أن يكون وارثًا في الوقتين، أعني وقت الإقرار ووقت الموت لا في ما بينهما، بأن أقرَّ لامرأته ثم أبانَها وانقضت عدتها ثم تزوجها ثم ماتَ أو كان والي رجُلًا فأقرَّ له بعد ما مرض ثم فسخا الولاء، ثم عقدا ثانيًا ثم ماتَ من مرضه فالإقرار باطل في قول أبي يوسف رحمه الله وجائز في قول محمد رحمه الله، وجه قول محمد رحمه الله وهو القياس هو أنه إنَّما ورث بسبب حادث بعد الإقرار ولا يؤثر ذلك في إبطال الإقرار، كما لو أقرَّ لها بعد انقضاء العدة ثم تزوجها ثانيًا، فإن العقد الثاني متجدد وهو غير الأول فلا أثر له في إبطال الإقرار، وهو قياس ما إذا أقرَّ له في مرضه ثم صحَّ ثم مرض وماتَ.

ووجه قول أبي يوسف رحمه الله وهو الاستحسان: الإقرار حصل للوارث وتثبت له هذه الصفة عند الموت فكان الإقرار باطلًا، كما لو لم يطلقها ولم يفسخا عقد الولاء؛ وهذا لأن الإقرار للوارث إنما لا يصح لتمكن تهمة الإيثار، فإذا كان سبب الوراثة موجودًا وقت الإقرار كانت هذه التهمة متمكنة، والعقد المتجدد قائم مقام الأول في تقرير صفة الوراثة عند الموت، فيجعل كأن الأول قائم بحاله، بخلاف ما إذا انعدمت صفة الوراثة عند الإقرار؛ لأن تهمة الإقرار غير متصوَّرة ثمَّ يصح الإقرار مطلقـًا، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ فِي الإِقْرَارِ بِالنَّسَبِ

(وَمَنْ أَقَرَّ بِغُلَامٍ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ وَلَيْسَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ أَنَّهُ ابْنُهُ وَصَدَّقَهُ الغُلَامُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا)؛ لِأَنَّ النَّسَبَ مِمَّا يَلْزَمُهُ خَاصَّةً فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِهِ وَشَرْطُ أَنْ يُولَدَ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ كَيْ لا يَكُونَ مُكَذَّبًا فِي الظَّاهِرِ، وَشَرْطُ أَنْ لا يَكُونَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ ثُبُوتَهُ مِنْ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ تَصْدِيقِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ إِذِ المَسْأَلَةُ فِي غُلَامٍ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الصَّغِيرِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَلا يَمْتَنِعُ بِالمَرَضِ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ

فصلٌ في الإقرار بالنسب

قدم الإقرار بالمال لكثرة وجوده على الإقرار بالنسب لقلته.

قوله: وَصَدَّقَهُ الغُلَامُ، أي: فيما إذا كان الغلام يعبر عن نفسه، وأمَّا إذا كان لا يعبر عن نفسه فيثبت نسبه وإن لم يصدقه لما مرَّ في كتاب الدعوى، وحاصله أن من أقرَّ بالولد فيشترط لصحته ثلاث شرائط: أن يكون المقر له بولد يولد لمثله، وأن لا يكون المقر له ثابت النسب من الغير، وأن يصدق المقر له المقر في إقراره إن كان له عبارة صحيحة، وكذلك تشترط هذه الشرائط الثلاث في صحة الإقرار بالوالد، خلا أن لا يكون المقر ثابت النسب من الغير مكان المقر له بتلك الصفة هناك، وتذكر شرائط الإقرار بالمرأة والولي.

قوله: لِأَنَّ النَّسَبَ مِمَّا يَلْزَمُهُ، أي: ليس فيه حمل النسب على الغير بل هو حق يلزمه خاصة فيقبل إقراره فيه، كذا في «شرح الأقطع».

قوله: بِخِلَافِ الصَّغِيرِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي: في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى

مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ (وَيُشَارِكُ الوَرَثَةَ فِي المِيرَاثِ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ صَارَ كَالوَارِثِ المَعْرُوفِ فَيُشَارِكُ وَرَثَتَهُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالوَالِدَيْنِ وَالوَلَدِ وَالزَّوْجَةِ وَالمَوْلَى)؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا يَلْزَمُهُ وَلَيْسَ فِيهِ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ. (وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ المَرْأَةِ بِالوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجِ وَالمَوْلَى) لِمَا بَيَّنَّا (وَلا يُقْبَلُ بِالوَلَدِ)؛ لِأَنَّ فِيهِ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ وَهُوَ الزَّوْجُ؛

في قوله: وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ فِي أَيْدِيهِمَا، فإن المراد منه إذا كان صبيًّا لا يعبر عن نفسه، أمَّا إذا عبر فالتعيين إليه.

قوله: وَيَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالوَالِدَيْنِ، إلى آخره، اعلم أن هذا الذي ذكره هنا من صحَّة إقرار المقر بالأم حيث قال: بِالوَالِدَيْنِ، موافق لرواية «تحفة الفقهاء»، ورواية «شرح الفرائض» للإمام سراج الدين المصنِّف رحمه الله، ومخالف لعامة النسخ من «المبسوط»، و«الإيضاح»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله وغيرها، والله أعلم بصحته.

وذكر في «التحفة»: أمَّا الإقرار بالوارث من المريض أو من الصحيح نوعان: في حق النسب وفي حق الميراث، أمَّا في النسب فمن الرجل يصح بخمسة نفر: بالوالدين، وبالولد، وبالزوجة، وبالولاء، ومن المرأة تصح بأربعة نفر: بالوالدين، وبالزوج، وبالولاء دون الولد؛ لِأَنَّ فِيهِ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ.

وذكر في «المبسوط» أن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر: بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة، وإقرار المرأة يصح بثلاثة نفر: بالأب والزوج ومولى العتاقة، ولا يصح إقرارها بالولد، والأصل فيه أن إقرار الرجل على نفسه حجة وعلى غيره ليس بحجة، فالرجل في الإقرار بالأب يلزم نفسه الإنتساب إليه؛ لأنه يجبُ على الولد أن ينتسب إلى أبيه شرعًا، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «من انتسب إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً».

لِأَنَّ النَّسَبَ مِنْهُ (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهَا الزَّوْجُ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ (أَوْ تَشْهَدَ بِوِلَادَتِهِ قَابِلَةٌ)؛

وكذلك إذا أقرَّ بمولى العتاقة فإنما أقرَّ على نفسه لوجوب الانتساب إلى المولى، وكذلك إذا أقرَّ بالمرأة فإنه يقر لها على نفسه بحقوق النكاح، وكذلك إذا أقرَّ بابن فإنما يقر على نفسه؛ لأن الأب يحمل نسب الولد على نفسه، وكذلك إذا أقرَّ بولاء العتاقة الأسفل؛ لأن الولاء بمنزلة النسب، فإذا كان يحمله على نفسه كان مقبول القول في ذلك إذا صدقه صاحبه في جميع هذه الفصول، إلا في الولد إذا كان صغيرًا في يده، أو كان مملوكًا له لا يحتاج إلى التصديق، وكذلك المرأة في حق الثلاثة؛ لأن الأنوثة لا تمنع صحة إقرارها على نفسها، وسواء كان هذا الإقرار في صحة أو مرض؛ لأن حالة المرض إنما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق الغرماء والورثة بالتركة، فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الإقرار به في الصحة والمرض سواء، والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة.

فإن قلتَ: لأي معنى يثبت نسب الولد من الأب دون الأم مع أن الولد ولد منهما؟ وما فائدة ثبوت نسبه من الأب دون الأم؟ وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الأربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم؟ مع أن الرجل إذا أقرَّ بالأخ بعد موت أبيه يعامل به ما يعامل من ثبت نسبه حتى شاركه في تركة ابنه على ما ذكر في الكتاب، وكذلك تجب عليه نفقة الأخ المقر له حال حياته، ذكره في «المحيط» و«الذخيرة».

قلتُ: أمَّا الأول فإنما نسب الولد إلى الأب دون الأم لقوله تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ﴾ [الأحزاب: ٥]، وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، حيث أضاف الولد إلى الأب بلام التمليك، ولذلك اختص الأب بالنسب وعليه انعقد الإجماع، حيث أجمعوا على صحة خلافة أولاد الخلفاء من الإماء، عُلم بهذا أن الولد منسوب إلى الأب لا إلى الأم، وبه قال الشاعر:

وإنَّما أمهات الناس أوعية

وإمَّا فائدة اختصاص ثبوت نسبه من الأب هي صحة إقرار الأب بالابن، ووجوب نفقة الولد على الأب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد، كما لا يشاركه أحد في نسبه، وأمَّا فائدة ثبوت النسب في حق هذه الأربعة أو الخمسة هي ثبوته على طريق العموم

لِأَنَّ قَوْلَ القَابِلَةِ فِي هَذَا مَقْبُولٌ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي إِقْرَارِ المَرْأَةِ تَفْصِيلًا فِي كِتَابِ الدَّعْوَى، وَلا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِ هَؤُلاءِ، وَيَصِحُّ التَّصْدِيقُ فِي النَّسَبِ

لا على طريق الخصوص، أي: أن حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقديرًا لصحة إقراره، حتى أنه إذا أقرَّ بالابن مثلًا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وإن جحد سائر الورثة ذلك، ويرث من أب المقر وهو جد المقر له وإن كان الجد يجحد بنوَّته لابنه، وأمَّا فيما سوى الأربعة لمَّا لم يصح إقرار المقر به ظهر أثره في موضعين:

أحدهما: عدم اعتبار إقراره فيما يلزم غيره من الحقوق، حتى أن من أقرَّ بأخ وله ورثة سواه يجحدون أخوته فماتَ المقر لا يرث الأخ مع سائر ورثته، ولا يرث من أب المقر وأمه، بخلاف من صح إقراره في حقه على ما ذكرنا.

والثاني: صحة رجوع المقر عما أقرَّ في حقٍّ من سوى الأربعة وعدم صحته في حق الأربعة، فإن من أقرَّ في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقرَّ يصح، حتى أنه لو أوصى بماله كله لإنسان بعد الإقرار بأخ كان ماله كله للموصى له؛ لأن النسب لمَّا لم يثبت كان إقراره بالأخ وقع باطلًا، فصحَّ رجوعه عما أقرَّ ولكن عند عدم المزاحم، وأمَّا أخذ الأخ المقر له تركته لا باعتبار صحة الإقرار بالنسب، بل صار ذلك بمنزلة الموصى له بجميع المال، أو باعتبار أن إقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره، وكذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر حال حياته، إلى هذا أشار في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي.

ثم الإقرار بالمرأة يصح إذا صدقته المرأة، وإذا كانت خالية عن الزوج وعدته وأن لا يكون تحت المقر أختها ولا أربع سواها، والإقرار بالمولى يصح أراد بالمولى مولى العتاقه، سواء أراد بالمولى المعتِق على صيغة اسم الفاعل أو المعتَق على صيغة اسم المفعول، فإن الإقرار بكل واحد منهما صحيح، هذا أيضًا إنما يصح إذا صدقه المقر له، وأن لا يكون ولاؤه ثابتًا من الغير؛ لأن الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الإقرار بالنسب فكذلك في الولاء، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي إِقْرَارِ المَرْأَةِ تَفْصِيلًا فِي كِتَابِ الدَّعْوَى، أي: في إقرار المرأة بالولد

بَعْدَ مَوْتِ المُقِرِّ لِأَنَّ النَّسَبَ يَبْقَى بَعْدَ المَوْتِ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجِ بَعْدَ مَوْتِهَا لِأَنَّ الإِرْثَ مِنْ أَحْكَامِهِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالمَوْتِ وَلِهَذَا لا يَحِلُّ لَهُ غُسْلُهَا عِنْدَنَا، وَلا يَصِحُّ التَّصْدِيقُ عَلَى اعْتِبَارِ الإِرْثِ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ حَالَةَ الإِقْرَارِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ وَالتَّصْدِيقُ يَسْتَنِدُ إِلَى أَوَّلِ الإِقْرَارِ.

تفصيلًا، وهو أن إقرارها بالولد إنما لا يصح إذا كانت المرأة ذات زوج، وأمَّا إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا: يثبت النسب منها بقولها؛ لأن فيه إلزامًا على نفسها دون غيرها.

وتفصيل آخر وهو أن شهادة القابلة إنما يشترط إذا ادَّعت المرأة نسب الولد من زوجها وزوجها ينكر، وأمَّا إذا زعمت أنه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وإن لم تشهد قابلة بذلك.

قوله: وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجَةِ، أي: لو أقرَّ الرجل بأن هذه المرأة زوجته ثم ماتَ فصدقته المرأة بعد موته جاز تصديقها بالاتفاق؛ **لِأَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ**، وهو العدة؛ لأن العدة واجبة بعد الموت فإنَّها أثر من آثار النكاح، ألا ترى أنَّها تغسله بعد الموت لقيام النكاح، ولم يكن له أن يغسلها بعد موتها، فلذلك جاز تصديقها لبقاء النكاح من وجه، وأمَّا في عكسه بأن أقرَّت المرأة بالزوج فصدقها الرجل بعد موتها فلم يصح في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: التصديق جائز؛ لأن النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب على السواء، والمنتهي متقرر في نفسه فيصح التصديق؛ وهذا لأن التصديق قد وجد والإقرار قائمٌ؛ لأن التكذيب من المقر له لم يوجد والمقر به وهو النكاح يبقى بعد موتها في حق الميراث لو ثبت النكاح معاينة، فكذا إذا ثبتَ بإقرارها يبقى بعد موتها في حق الميراث أيضـًا، فهو معنى قولنا: أن التصديق قد وجد والمقر به قائم، فكان الإقرار قائمًا فيعمل تصديقه.

قوله: وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لا يَصِحُّ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالمَوْتِ، وأمَّا الإرث فحكم يثبت بعد الموت، والنكاح إنما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت، فأمَّا في المستقبل فالنكاح معدومٌ، فمتى صححنا الإقرار صححنا لإثبات الإرث ابتداءً، فيكون التصديق واقعًا

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِنْ غَيْرِ الوَالِدَيْنِ وَالوَلَدِ نَحْوَ الأَخِ وَالعَمِّ لا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي النَّسَبِ)؛ لِأَنَّ فِيهِ حَمْلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ (فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ قَرِيبٌ أَوْ بَعِيدٌ فَهُوَ أَوْلَى بِالمِيرَاثِ مِنَ المُقَرِّ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُ لا يُزَاحِمُ الوَارِثَ المَعْرُوفَ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ اسْتَحَقَّ المُقَرُّ لَهُ مِيرَاثَهُ)؛ لِأَنَّ لَهُ وِلايَةَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ نَفْسِهِ عِنْدَ عَدَمِ الوَارِثِ؛ أَلا يُرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِجَمِيعِهِ فَيَسْتَحِقَّ جَمِيعَ

في شيء هو للحال معدوم من كل وجه، وهو النكاح وهذا لا يجوز.

فإن قيل: إذا أقرَّ رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبًا اكتسبه بعد الإقرار ثم صدَّقه المقر له استحق الكسب، والإرث في مسألتنا كذلك.

قلنا: إن الكسب يقع ملكـًا من الابتداء لمالك الرقبة؛ لأنه في حكم المنفعة، ومن ملك رقبة ملك منافعها حكمـًا لها، فيصير الإقرار بالعبد إقرارًا بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد، فأمَّا الإرث فإنما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الإقرار، فالمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فبقي تصديقه بعد ذلك دعوى إرث مبتدأ، كذا في «الأسرار»، و«الإيضاح» وغيرهما.

قوله: وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِنْ غَيْرِ الوَالِدَيْنِ، إلى **قوله:** لا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ، وذكر في «التحفة»: لا بدَّ فيه من البينة.

وقوله: فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ، بالفاء بعد **قوله:** لا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي النَّسَبِ، وقع في حجره؛ لأن هذا نتيجة ذلك، فصورة ذلك أن الرجل إذا أقرَّ في مرضه بأخ له من أبيه وأمه، أو بابن ابن له ثمَّ مات وله عمة أو خالة أو مولى مولاه، فالميراث للعمة أو الخالة أو المولى فلا شيء للمقر له؛ لأن النسب لا يثبت بإقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف، ولو لم يكن له وارث من القرابة وغيرها كان ماله لهذا المقر له؛ لأنه أقرَّ له بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره، وفي استحقاق المال إنما يقر على نفسه فيعتبر إقراره في ذلك؛ وذلك لأنه غير متهم في ذلك الإقرار فيما يرجع إلى المال؛ لأنه يملك

المَالِ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُ لِمَا فِيهِ مِنْ حَمْلِ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ، وَلَيْسَتْ هَذِهِ وَصِيَّةً حَقِيقَةً حَتَّى أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِأَخٍ ثُمَّ أَوْصَى لِآخَرَ بِجَمِيعِ مَالِهِ كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ جَمِيعِ المَالِ خَاصَّةً، وَلَوْ كَانَ الأَوَّلُ وَصِيَّةً لاشْتَرَكَا نِصْفَيْنِ لَكِنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، حَتَّى لَوْ أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ بِأَخٍ وَصَدَّقَهُ المُقَرُّ لَهُ ثُمَّ أَنْكَرَ المُقِرُّ وِرَاثَتَهُ ثُمَّ أَوْصَى بِمَالِهِ كُلِّهِ لِإِنْسَانٍ كَانَ مَالُهُ لِلْمُوصَى لَهُ؛ وَلَوْ لَمْ يُوصِ لِأَحَدٍ كَانَ لِبَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّ رُجُوعَهُ صَحِيحٌ لِأَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَثْبُتْ فَبَطَلَ إِقْرَارُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ فَأَقَرَّ بِأَخٍ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُ أَخِيهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَيُشَارِكُهُ فِي الإِرْثِ)؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ شَيْئَيْنِ: حَمْلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ وَلا وِلايَةَ لَهُ عَلَيْهِ، وَالِاشْتِرَاكَ فِي المَالِ وَلَهُ فِيهِ وِلايَةٌ فَيَثْبُتُ كَالمُشْتَرِي، وَإِذَا أَقَرَّ عَلَى البَائِعِ بِالعِتْقِ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ حَتَّى لا يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ وَلَكِنَّهُ يُقْبَلُ فِي حَقِّ العِتْقِ.

قَالَ: (وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ وَلَهُ عَلَى آخَرَ مِائَةُ دِرْهَمٍ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبُوهُ قَبَضَ مِنْهَا خَمْسِينَ لا شَيْءَ لِلْمُقِرِّ وَلِلْآخَرِ خَمْسُونَ)؛ لِأَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ بِالدَّيْنِ عَلَى المَيِّتِ؛ لِأَنَّ

إيجابه له بطريق الوصية ابتداءً فلهذا يعتبر إقراره باستحقاق المال، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِلْآخَرِ خَمْسُونَ، يعني: كان لأخيه أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد ما يحلف بالله العظيم ما يعلم أن أباه قبض منه المائة، ثم الأخ الساكت إنما يأخذ الخمسين من الغريم؛ لأن إقرار الأخ المقرّ إنما رجع إلى نصيب نفسه خاصة تصحيحًا لكلامه، كالعبد بين اثنين باع أحدهما نصيبه، وكذا لو أوصى بنصف الدار لثالث ينصرف إلى كل نصيبه.

وقوله: فَلَا شَيْءَ لِلْمُقِرِّ؛ لأنه لمَّا كان إقراره منصرفًا إلى نصيبه فلا يكون له بعد ذلك منه شيء؛ أو لأن الإقرار بالقبض كالإقرار بالدين للغريم، فإن الديون تقضى بأمثالها، فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه ثم يصير قصاصًا، ولمَّا انصرف

الِاسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، فَإِذَا كَذَّبَهُ أَخُوهُ اسْتَغْرَقَ الدَّيْنُ نَصِيبَهُ كَمَا هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَنَا، غَايَةَ الأَمْرِ

ما أقرَّ به أحد الابنين على أبيه إلى نصيبه خاصَّة لم يبق له شيء، ونصيب الآخر على حاله؛ لإنكاره قبض الأب، كذا ذكره الإمام التمرتاشي والمحبوبي رحمهما الله.

فإن قلتَ: لمَّا جعل إقرار المقر هاهنا بمنزلة قبض نصف الدين على ما ذكر في الكتاب بقوله: لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، والمقبوض نصف الدين؛ لأن أباه قبض خمسين في زعمه من المائة يجب أن يكون المقبوض والباقي مشتركًا بينهما؛ لئلا تلزم قسمة الدين قبل القبض، ألا ترى أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما نصيبه أو شيئًا منه كان المقبوض والباقي مشتركًا بينهما.

قلتُ: هناك كون المقبوض مشتركًا بينهما لا باعتبار ذلك، بل باعتبار أن المقبوض ازداد في مالية نفسه؛ إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق، فصار كزيادة الثمرة والولد على مايجي في كتاب الصلح إن شاء الله تعالى، وأمَّا هاهنا لم تزدد مالية المقبوض بل تلفت ماليته بحيث لم يبق للمقر ولاية مطالبة الغريم بنصيبه، فإقرار كل مقر حجة في حق نفسه لا في حق غيره، فلذلك لم يتعد إقراره إلى نصيب أخيه.

قوله: فَإِذَا كَذَّبَهُ أَخُوهُ اسْتَغْرَقَ الدَّيْنُ نَصِيبَهُ، أي: استغرق هلاك الدَّين نصيب المقر لا غيره؛ وذلك لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدَّين على نفسه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فصحَّ إقراره في حقه لا في حق غيره، كما لو أقرَّ على أبيه بدين صح إقراره في حصته حتى يلزمه قضاء ذلك من حصته خاصَّة، فسقط حصته فبقي حصة الآخر، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: كَمَا هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَنَا، أي: خلافًا لابن أبي ليلى، أي: هلاك الدين على الغير بسبب الإقرار يختص عندنا بنصيب المقر، وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين.

أصل المسألة ما ذكره في باب إقرار الوارث بوارث آخر من إقرار «الإيضاح» بقوله: قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا أقرَّ أحد الابنين بأخ ثالث وكذبه أخوه المعروف فيه أعطاه المقر نصف ما في يده، وقال ابن أبي ليلى: يعطيه ثلث ما في يده؛ لأن المقر أقرَّ له بثلث شائع

أَنَّهُمَا تَصَادَقَا عَلَى كَوْنِ المَقْبُوضِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، لَكِنَّ المُقِرَّ لَوْ رَجَعَ عَلَى القَابِضِ بِشَيْءٍ لَرَجَعَ القَابِضُ عَلَى الغَرِيمِ وَرَجَعَ الغَرِيمُ عَلَى المُقِرِّ فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ.

في النصفين، فنفذ إقراره في حصته وبطل ما كان في حصة الأخ فيكون له ثلث ما في يده.

ونحن نقول: إن في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق، فإن المنكر ظالم فاجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية، ولمَّا كان إقرار المقر رجع إلى نصيبه هناك حتى جعل نصيب أخيه المعروف كالهالك، جعل هاهنا كذلك بأن جعل الخمسون الباقي كالهالك، حتى لم يشارك المقر أخاه في ذلك ولم يبق للمقر هاهنا شيء؛ لأن زعمه كذلك بحسب رجوع إقراره إلى ما في يده، بخلاف الإقرار بالأخ الثالث حيث لم يقر هناك بكل ما في يده للأخ الثالث بل بالسوية، وذلك إنما يكون عند تنصيف ما في يده.

قوله: أَنَّهُمَا تَصَادَقَا عَلَى كَوْنِ المَقْبُوضِ مُشْتَرَكًا، أي: على كون الخمسين الباقية على الغريم التي يقبضها الأخ المنكر مشتركًا بين الأخ المقر والمنكر؛ وذلك لأن جميع الدين كان مشتركًا بينهما، فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركًا بينهما، فما هلك يهلك مشتركًا وما بقي يبقى مشتركًا، لكن الأخ الجاحد لمَّا أنكر الهلاك حتى لم يؤثر الهلاك في نصيبه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك وهو الخمسون الباقي، ينبغي أن يكون ذلك مشتركًا بينهما، لكن الجواب هو ما ذكره في الكتاب بأنا لو قلنا ذلك يفضي ذلك إلى الدور، فلا يفيد الشركة فلذلك لم نقل بها، والله تعالى أعلم بالصواب.

(كِتَابُ الصُّلْحِ)

كتابُ الصلح

قد ذكرنا وجه التناسب في أول الإقرار، ثم لا حاجة لنا إلى بيان محاسن الصلح؛ إذ هو باسمه ومعناه دال على حسنه الذاتي؛ لأن الصلح اسم للمصالحة والتصالح، وهما خلاف المخاصمة والتخاصم، فمن لفظه يشتق الصلاح ضد الفساد، والإصلاح ضد الإفساد، والصلح الذي بمعنى السلام هي ضد الحرب، كما أن القبح الذاتي في أضداده كان الحسن الذاتي في الصلح وأشباهه؛ إذ بالضد تتبين الأشياء، وكم من فساد بوجه انقلب ذلك إلى الصلاح بالصلح، واتبع بالفلح والنجح، وكثيرًا ما يكون مكان الصلح من أحمد المحاسن والمناظم، ومن أجل معالي الأمور والمعالم، قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٱقۡتَتَلُواْ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ﴾ [الحجرات: ٩]، ألا ترى إلى ما حُكي أن فتنة وقعت في قبيلة بسبب تهمة غلام، فهاجت بينهم فتنة فقتل منهم أربعون ألفًا، وامتد التحارب منشباً للمنازعة الظاهرة إلى أن وقع الصلح مطفياً لهذه النائرة.

ولأن الصلح في المداينات على نوعين: إمَّا على الإقرار وإمَّا على الإنكار، ففي كل منهما حسن وصلاح ونصح ونجاح؛ لأن من طلب الصلح بعد الإقرار بما يدعيه المدعي لا يطلب منه إلا الإمهال إلى اليسار بالإجلال، أو يطلب منه العفو عن الكل أو البعض بوجه الإفضال، والفساد في ترك هذا الصلح ظاهرٌ؛ لأنه إذا طالبه بجميع حقِّه وهو معسرٌ ربما تحمله شدة لزوم المطالبة وخوف الحبس قبل أن يوسر على الإنكار ورفض الإقرار، فحينئذٍ يهلك حقه كله قبل أن يصل إليه شيء من حقه قله أو جله.

....

وأمَّا في ترك الصلح على الإنكار فالفساد من وجهين: فإنه إذا أقام المدعي البينة فالمدعى عليه يكذبها، فتكبر العداوة وتهيج الفتن بين المدعي والمدعى عليه، والشهود والقاضي، فإن المدعى عليه يظن بالقاضي الميل والجور بالرشوة، وإلى هذا أشار النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «ردُّوا الخصوم كي يصطلحوا» فالصلح على الإنكار أظهر حسناً وصلاحًا من الصلح على الإقرار.

وعن هذا حُكي عن الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي رحمه الله: لم يعمل الشيطان في إيقاع العداوة والبغضاء في بنِي آدم مثل ما عمل من أبطل الصلح على الإنكار.

ثم نحتاج هاهنا إلى بيان الصلح لغةً، وشرعًا، وسببه، وركنه، وشرطه، وحكمه، وأنواعه، ودليل جوازه.

أمَّا اللغة: فقد ذكرنا أنه اسم للمصالحة التي هي المسالمة.

وأمَّا شرعًا: فعبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي.

وأمَّا سببه: فما هو السبب في سائر المعاملات وهو البقاء المقدور بتعاطيه، وقد بينا وجهه في أول البيوع.

وأمَّا ركنه: فالإيجاب والقبول الموضوعان للصلح.

وأمَّا شرطه: فأن يكون المصالح عنه مالًا أو حقًّا يجوز الاعتياض عنه كالقصاص، بخلاف ما إذا كان حقًّا لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة والكفالة بالنفس لا يجوز الصلح عنه.

وأمَّا قبول الصلح: هل هو شرط؟ ذكر أنه إذا وقعت الدعوى فيما يتعين بالتعيين فقال المدعى عليه للمدعي: صُلح كن ازين مدَّعى، يا من بده درهم كه بتو دهم، فقال المدعي: فعلتُ، لا يتم الصلح ما لم يقل المدعى عليه قبلتُ، وكذلك إذا وقع الدعوى فيما لا يتعين بالتعيين نحو: الدراهم والدنانير وطلب الصلح على جنس آخر، وأمَّا إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح منه على ذلك الجنس يتمُّ الصلح بقول المدعي: فعلتُ، ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه؛ لأن هذا طلب إسقاط بعض الحق، والإسقاط يتمُّ

....

بالمسقط، بخلاف الأول؛ لأن ذلك طلب البيع من غيره، ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير: بعتُ لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلتُ.

وأمَّا شرطه على التفصيل فيما ألحق هو بعقد من العقود كالبياعات والإجارات، فما هو الشرط المذكور في ذلك العقد شرط في ذلك الصلح الملحق به أيضاً على ما يجيء إن شاء الله تعالى.

وأمَّا حكمه في جانب البدل وهو المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي سواء كان المدعى عليه مقرًّا أو منكرًا، ففي جانب البدَل وقوع الملك فيه للمدَّعى عليه إذا كان ممَّا يحتمل التمليك كالمال إن كان المدَّعى عليه مقرًّا به، وإن كان ممَّا لا يحتمل التمليك كالقصاص فحكمه وقوع البراءة للمدعى عليه عن القصاص، وأمَّا إذا كان منكرًا فحكمه في جانب المبدل وقوع البراءة عن دعوى المدعي، سواء كان المبدل شيئاً يحتمل التمليك أو لا يحتمل التمليك.

وأمَّا أنواعه بحسب المدَّعى عليه فما هو المذكور في الكتاب فهو ثلاثة أنواع.

وأمَّا أنواعه بحسب أحوال المصالح عليه والمصالح عنه فعلى أربعة أنواع على القسمة العقليَّة؛ لأنه لا يخلو إما أن يقع عن معلوم على معلوم بأن يدعي المدعي حقًّا معلومًا في دار في يدي رجل فصالحه المدعى عليه وأنه جائز.

وإمَّا أن يقع عن مجهول على مجهول وإنه على وجهين: إن كان لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم بأن ادعى رجل حقًّا في دار في يدي رجل ولم يسمِّه، وادعى المدعى عليه حقًّا في أرض يدي المدعي ولم يسمِّه، فاصطلحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه وأنه جائز، وأمَّا إذا كان يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم بأن اصطلحا على أن يدفع أحدهما من عند نفسه مالًا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه، أو على أن يسلم إليه ما ادعاه فإنه لا يجوز.

وإما أن يقع عن مجهول على معلوم وأنه على وجهين أيضاً: إن كان المصالح عنه بحيث يحتاج إلى تسليمه لا يجوز، كما لو ادعى حقًّا في دارٍ في يدي رجل ولم يسمه فاصطلحا

....

على أن يُعطيه المدعي مالًا معلومًا ليسلم المدعى عليه للمدعي ما ادَّعاه وأنه لا يجوز، وإن كان المصالح عنه بحيث لا يحتاج إلى تقسيمه بأن اصطلحا في هذه الصورة على أن يعطي المدعى عليه مالًا معلومًا للمدعي ليترك المدعي دعواه فهو جائز.

وإمَّا أن يقع عن معلوم على مجهول وإنه على وجهين أيضًا: إن كان يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم لا يجوز، وإن كان لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم يجوز، والأصل في ذلك أن الجهالة لا تفسد العقد لعينها بل لغيرها، وهي المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، ألا ترى أنه لو باع قفيزًا من صبرة يجوز المبيع مجهولًا، إلا أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فيجوز.

إذا ثبتَ هذا فنقول: في كل موضع لا يحتاج إلى التسليم والتسلم، فالجهالة فيه لا تفضي إلى مثل هذه المنازعة، فلا يمنع جواز الصلح وفي كل موضع يحتاج إلى التسليم والتسلم فالجهالة تفضي إلى مثل هذه المنازعة فيمتنع جواز الصلح.

وأمَّا دليل جوازه: ثابت بالكتاب والسنة، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌۗ﴾ [النساء: ١٢٨]، وفي هذا بيان أنه نِهاية في الخيرية.

وأمَّا السنة فما رُوي أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم صالح أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين، ودخل رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم المسجد فرأى رجلين يتنازعان في ثوب فقال لأحدهما: هل لك إلى الشطر؟ هل لك إلى الثلثين؟ فقد دعاهما إلى الصلح، وما كان يدعوهما إلا إلى عقد جائز، كذا في «المبسوط» و«الذخيرة» وغيرهما.

فإن قلتَ: لا يصح التمسك بالآية في تعميم الصلح؛ لأن الآية سيقت في الصلح بين الزوجين بدليل سياق الآية: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا﴾ [النساء: ١٢٨] الآية، ثم ذكر الصلح معرفًا بلام العهد بعد ذكره منكرًا، وفي مثله كان المذكور الثانِي غير الأول كما في قوله تعالى: ﴿فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٦]، وهو معروف.

قلتُ: قال: في «الأسرار»: قوله: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌۗ﴾ وإنه كلام مستقل بذاته فلا يربط

قَالَ: (الصُّلْحُ عَلَى ثَلاثَةِ أَضْرُبٍ: صُلْحٌ مَعَ إِقْرَارٍ، وَصُلْحٌ مَعَ سُكُوتٍ، وَهُوَ أَنْ لا يُقِرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلا يُنْكِرَ وَصُلْحٌ مَعَ إِنْكَارٍ وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ -: «كُلُّ صُلْحٍ جَائِزٌ فِيمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلالًا» وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ مَعَ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ لِمَا رَوَيْنَا، وَهَذَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ كَانَ حَلالًا

بسببه؛ ولأن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما رغب فيه من الصلح المشروع قبله، أي: وصالحوا لأن الصلح خير، والعلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل أيْنَما وجدت ثبت حكمها، وأيّد ذلك قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الصلح جائز بين المسلمين»، أمَّا دعوى العهد فهو غير مسلم في جميع الصور، بل يقع التخلف في مواضع منها قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَـٰبِ﴾ [المائدة: ٤٨]، والكتاب الثاني غير الكتاب الأول، فلمَّا تغاير بين المعترفين فأوْلَى أن يتغاير فيما نحن فيه.

قوله: الصُّلْحُ عَلَى ثَلاثَةِ أَضْرُبٍ، فوجه الانحصار ظاهر، وهو أن المدعى عليه عند دعوى المدعي يجيب لدعواه أو لا يجيب، فإن أجاب فلا يخلو: إما أن يقر أو لا يقر وهو الإنكار، فإن لم يجب وهو السكوت، وإنما لم يتنوع السكوت؛ لأن السكوت عبارة عن عدم الجواب والعدم لا يتنوع.

قوله: وَهَذَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ، أي: الصلح على الإنكار موصوف بصفة أنه: أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلالًا؛ وذلك لأن المدعي إن كان محقًّا كان أخذ المدعى به حلالًا له قبل الصلح حرم عليه بالصلح، وإن كان مبطلًا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حرامًا عليه قبل الصلح حل بالصلح، فهو صلح أحلَّ حرامًا.

أو نقول: وَهَذَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ؛ لأن المدعى عليه إذا كان منكرًا لم يتوجه عليه بدعوى المدعي حقٌّ، فبقي بذل المال من المدعى عليه رشوةً ودفعًا للخصومة عن نفسه، وإذا صار تمليكًا بِهذه الجهة لا يقع التملك من المدعي إلا بهذه الجهة؛ لأن ما بذل حق المدعى عليه

عَلَى الدَّافِعِ حَرَامًا عَلَى الآخِذِ فَيَنْقَلِبُ الأَمْرُ، وَلِأَنَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُ المَالَ لِقَطْعِ الخُصُومَةِ وَهَذَا رِشْوَةٌ.

وَلَنَا مَا تَلَوْنَا، وَأَوَّلُ مَا رَوَيْنَا، وَتَأْوِيلُ آخِرِهِ أَحَلَّ حَرَامًا لِعَيْنِهِ كَالخَمْرِ أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا لِعَيْنِهِ كَالصُّلْحِ عَلَى أَنْ لا يَطَأَ الضَّرَّةَ، وَلِأَنَّ هَذَا صُلْحٌ بَعْدَ دَعْوَى صَحِيحَةٍ فَيُقْضَى بِجَوَازِهِ لِأَنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ وَهَذَا مَشْرُوعٌ، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُهُ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ وَهَذَا مَشْرُوعٌ أَيْضًا، إِذِ المَالُ وِقَايَةُ الأَنْفُسِ،

وملكه فلا يثبت لغيره ملك إلا بالجهة التي يملكها، وهو قد يملكه بجهة الرشوة وهي حرام.

ولكنا نقول: ليس المراد هذا؛ لأن الصلح مع الإقرار لا يخلو عن هذا أيضاً؛ لأن الصلح في العادة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالًا للمدعي أخذه قبل الصلح حرم بالصلح، وكان حرامًا على المدعى عليه منعه قبل الصلح حل بالصلح، فعرفنا أن المراد به غير هذا، وأن الصلح الذي حرم حلالًا أن يصالح إحدى زوجتيه على أن لا يطأ الأخرى، أو يصالح زوجته على أن لا يطأ جاريته، والذي أحل حرامًا أن يصالح على خمر أو خنزير، وهذا النوع من الصلح باطل عندنا، وحمله على هذا أَوْلَى؛ لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه.

وأمَّا قوله: بأن التمليك يقع بالجهة التي يملكها، قلنا: لا نسلم بل هو في زعم المدعي هو عين حقه، فهو حلال له أخذه وأكله، وفي حق المدعى عليه دفع المال لدفع الشر عن نفسه حلال أيضاً؛ لأن المال ما خُلِق إلا لذلك، وعن هذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن أَجْوَزَ ما يكون من الصلحِ الصلحُ على الإنكار؛ لأن معنى الصلح على التمام إنما يتحقق فيه وهو قطع المنازعة والخصومة، وأمَّا في صورة الإقرار فلا يوجد معنى الصلح على التمام؛ إذ ليس هناك خصومة ومنازعة حتى يحتاج إلى الصلح، بل هو إسقاط بعض الحق عن طوع ورغبة، أو صلح على عين أخرى، أو أن يضرب له أجلًا، فالأول يسمى: إبراءً لبعض الحق، والثاني تبعًا، والثالث تأجيلًا لاصلحا، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الإيضاح».

وَدَفْعُ الرِّشْوَةِ لِدَفْعِ الظُّلْمِ أَمْرٌ جَائِزٌ.

قَالَ: (فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ اُعْتُبِرَ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي البِيَاعَاتِ إِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ) لِوُجُودِ مَعْنَى البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ بِتَرَاضِيهِمَا (فَتَجْرِي فِيهِ الشُّفْعَةَ إِذَا كَانَ عَقَارًا، وَيُرَدُّ بِالعَيْبِ، وَيَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ، وَيُفْسِدُهُ جَهَالَةُ البَدَلِ)؛ لِأَنَّهَا هِيَ المُفْضِيَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ دُونَ جَهَالَةِ المَصَالِحِ عَنْهُ؛

قوله: وَدَفْعُ الرِّشْوَةِ لِدَفْعِ الظُّلْمِ أَمْرٌ جَائِزٌ، ولا يقال: قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لعن الله الراشي والمرتشي» عام، فينبغي أن يكون حرامًا في هذا أيضـًا؛ لأنَّا نقول: إن هذا الحديث محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث، وأمَّا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع.

وعن الفقيه أبي الليث عن أبي يوسف رحمهما الله: أنه كان يجيز للأوصياء المصانعة في أموال اليتامى، وبه يفتى، وإليه إشارة في كتاب الله تعالى: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِي ٱلْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا﴾ [الكهف: ٧٩]، جاز التعييب في مال اليتيم مخافة أخذ المتغلب، كذا في «أحكام الصِّغار».

وقد ذكرنا تقسيم الرشوة، فإن قلتَ: فعلى هذا إذا ادَّعى رجل على رجل ألف درهم وأنكر المدعى عليه ثم تصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي أن يجوز؛ لأن هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز.

قلتُ: عدم الجواز بناء على زعم المدعي وفي زعم المدعي أنه صرف؛ لأنه صالحه عن الدرهم على الدنانير، وفي الصرف يشترط القبض في المجلس، كذا ذكره في «المبسوط» في باب الصلح في الدين.

قوله: دُونَ جَهَالَةِ المَصَالِحِ عَنْهُ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ، فلا يفضي إلى المنازعة كما يقول السفراء بين المتخاصمين: (همو دعوى كه ترا است بر وى باين مقدار مال صلح كردى؟).

لِأَنَّهُ يَسْقُطُ وَيُشْتَرَطُ القُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِ البَدَلِ (وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعَ يُعْتَبَرُ بِالإِجَارَاتِ) لِوُجُودِ مَعْنَى الإِجَارَةِ وَهُوَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ بِمَالٍ وَالِاعْتِبَارُ فِي العُقُودِ لِمَعَانِيهَا فَيُشْتَرَطُ التَّوْقِيتُ فِيهَا، وَيَبْطُلُ الصُّلْحُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فِي المُدَّةِ لِأَنَّهُ إِجَارَةٌ (وَالصُّلْحُ عَنِ السُّكُوتِ وَالإِنْكَارِ فِي حَقِّ المُدَّعَى عَلَيْهِ لِافْتِدَاءِ اليَمِينِ وَقَطْعِ الخُصُومَةِ وَفِي حَقِّ المُدَّعِي بِمَعْنَى المُعَاوَضَةِ) لِمَا بَيَّنَّا.

(وَيَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَ حُكْمُ العَقْدِ فِي حَقِّهِمَا كَمَا يَخْتَلِفُ حُكْمُ الإِقَالَةِ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ

قوله: وَيُشْتَرَطُ القُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِ البَدَلِ، حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح.

قوله: وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعَ يُعْتَبَرُ بِالإِجَارَاتِ، فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح، وما لا فلا، حتى أنه لو صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز، وإن قال: أبدًا أو حتى يموت لا يجوز، وكذلك إن صالح على أن يزرع أرضًا له بعينها سنين مسماة يجوز، وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الإجارة.

قوله: وَالِاعْتِبَارُ فِي العُقُودِ لِمَعَانِيهَا، كالهبة بشرط العوض بيع، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة.

قوله: وَيَبْطُلُ الصُّلْحُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا؛ ... لِأَنَّهُ إِجَارَةٌ، ويرجع المدعي في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَيَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَ حُكْمُ العَقْدِ فِي حَقِّهِمَا كَمَا يَخْتَلِفُ حُكْمُ الإِقَالَةِ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ، يعني: يجوز أن يختلف حكم المتصرف الواحد بالنسبة إلى الأشخاص المختلفة، ألا ترى أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، بيع جديد في حق الثالث، وكذلك الخلع معاوضة من جانب المرأة يمين من جانب الزوج، وكذلك الجهة الواحدة في تحري القوم عند اشتباه القبلة قبلة في حق شخص، وليست بقبلة في حق شخص، وحكم النكاح حل في حق امرأته تحريم مؤبد في أم امرأته وهو كثير النظير.

وَغَيْرِهِمَا) وَهَذَا فِي الإِنْكَارِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا فِي السُّكُوتِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الإِقْرَارَ وَالجُحُودَ فَلَا يَثْبُتُ كَوْنُهُ عِوَضًا فِي حَقِّهِ بِالشَّكِّ.

قَالَ: (وَإِذَا صَالَحَ عَنْ دَارٍ لَمْ يَجِبْ فِيهَا الشُّفْعَةُ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُهَا عَلَى أَصْلِ حَقِّهِ وَيَدْفَعُ المَالَ دَفْعًا لِخُصُومَةِ المُدَّعِي وَزَعْمُ المُدَّعِي لا يَلْزَمُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى دَارٍ حَيْثُ يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُهَا عِوَضًا عَنِ المَالِ فَكَانَ مُعَاوَضَةً فِي حَقِّهِ فَتَلْزَمُهُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِهِ وَإِنْ كَانَ المُدَّعَى عَلَيْهِ يُكَذِّبُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ وَاسْتَحَقَّ بَعْضَ المَصَالِحِ عَنْهُ رَجَعَ المُدَّعَى عَلَيْهِ بِحِصَّةِ

وذكر في «المبسوط»: وفي هذا بيان أن المال عوض عن المدعى به في حق من يأخذه وإن كان فداءً لقطع الخصومة في حق صاحبه، ومثله جائزٌ كمن اشترى عبدًا أقرَّ بحريته فما يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في حق البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد.

قوله: فَلَا يَثْبُتُ كَوْنُهُ عِوَضًا فِي حَقِّهِ بِالشَّكِّ، مع أن حمل السكوت على الإنكار أَوْلَى؛ لأن فيه دعوى تفريغ الذمَّة وهو الأصل.

قوله: لِأَنَّهُ يَأْخُذُهَا عَلَى أَصْلِ حَقِّهِ؛ أي: لأن المدعى عليه يستبقي الدار مملوكة لنفسه كما كانت لا أنه يشتريها، والمرء مؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره، فكان معنى **قوله**: يَأْخُذُهَا، أي: يبقيها في يده وملكه كما كانت، وما يدفعه من المال يدفعه لدفع الخصومة لا أن يكون عوضًا عن الدار، إلى هذا أشار في «الأوضح».

قوله: فَتَلْزَمُهُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِهِ - أي: بإقرار المدعي - وَإِنْ كَانَ المُدَّعَى عَلَيْهِ يُكَذِّبُهُ، فصار كأنه قال: اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر فتجب الشفعة فيها، كذا في «شرح الأقطع».

قوله: رَجَعَ المُدَّعَى عَلَيْهِ بِحِصَّةِ ذَلِكَ مِنَ العِوَضِ، أي: من بدل الصلح.

ذَلِكَ مِنَ العِوَضِ)؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقَةٌ كَالبَيْعِ وَحُكْمِ الِاسْتِحْقَاقِ فِي البَيْعِ هَذَا (وَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ فَاسْتَحَقَّ المُتَنَازَعَ فِيهِ رَجَعَ المُدَّعِي بِالخُصُومَةِ وَرَدَّ العِوَضَ)؛ لِأَنَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ مَا بَذَلَ العِوَضَ إِلَّا لِيَدْفَعَ خُصُومَتَهُ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِذَا ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ تَبَيَّنَ أَنْ لَا خُصُومَةَ لَهُ فَيَبْقَى العِوَضُ فِي يَدِهِ غَيْرَ مُشْتَمِلٍ عَلَى غَرَضِهِ فَيَسْتَرِدُّهُ،

قوله: رَجَعَ المُدَّعِي بِالخُصُومَةِ - أي: إلى المستحق؛ لأن المستحق قام مقام المدعى عليه؛ لأن الدار في يد المستحق على زعم أنَّها ملكه - وَرَدَّ العِوَضَ، أي: رد المدعي بدل الصلح الذي أخذه من المدعي عليه إلى المدعى عليه؛ لأنه ظهر أنه لم يكن له ولاية أخذ بدل الصلح.

قوله: فَيَبْقَى العِوَضُ فِي يَدِهِ، أي: فيبقى بدل الصلح في يد المدعي.

قوله: غَيْرَ مُشْتَمِلٍ عَلَى غَرَضِهِ، أي: غرض المدعى عليه؛ لأن غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها، وقد ظهر خصم آخر غير المدعي وهو المستحق، فلذلك يسترد ما دفعه إلى المدعي منه؛ لأنه كان أعطى لتنقطع خصومته على ظن أن غيره لا يخاصمه، فلمَّا خاصمه غيره فيها بالاستحقاق لم يتم مقصود المدعى عليه فيما أعطى، فَيَسْتَرِدُّهُ لذلك، فصار كما لو دفع المكفول عنه المال إلى الكفيل ليؤدي إلى رب الدين، ثم أدى المكفول عنه قبل أداء الكفيل يسترد المال من الكفيل.

وذكر في «المبسوط»: ولو ادعى في دار رجل حقًّا فصالحه على دراهم ودفعها إليه، ثمَّ استحقت الدار من يد المدعى عليه كان له أن يرجع بدراهمه؛ لأن الصلح مبني على زعم المدعي، وفي زعمه أنه أخذ الدراهم عوضًا عن الدار، فإذا استحقت كان عليه رد المقبوض من البدل كالمبيع إذا استحق، وإن جعلناه مبنيًّا على زعم المدعى عليه ففي زعمه أنه أعطى المال بغير حق وأن له حق الاسترداد.

وقوله فيما قبله: لِأَنَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ مَا بَذَلَ العِوَضَ إِلَّا لِيَدْفَعَ خُصُومَتَهُ عَنْ نَفْسِهِ،

وَإِنِ اسْتَحَقَّ بَعْضَ ذَلِكَ رَدَّ حِصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ؛

إلى آخره، فإن قيل: يشكل على هذا التعليل ما إذا ادعى رجل دارًا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعي شيئًا إلى ذي اليد بطريق الصلح وأخذ الدراهم منه ثم استحقت الدار، فإن المدعي لا يرجع بما دفع على المدعى عليه، مع أن المدعي إنما دفع إلى المدعى عليه شيئًا لقطع خصومته، فَإِذَا ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لا خُصُومَةَ لَهُ، فينبغي أن يسترد ما دفعه إليه كما لو دفعه المدعى عليه إلى المدعي لأجل ذلك المعنى، والمسألة في الفصل السابع من «الفصول الأُستُروشنيَّة».

قلنا: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما أن صحة الصلح مبنية على زعم المدعي، ففي مسألة الكتاب وهي: ما إذا دفع المدعى عليه شيئًا إلى المدعي واستبقى الدار لنفسه فالمدعي يقول: إنِّي بائع الدار بِهذه الدراهم، فإذا استحقت كان للمدعى عليه أن يرجع كما للمشتري ذلك، وأمَّا في تلك المسألة ففي زعم المدعي أن ما دفعه ليس بواجب عليَّ؛ لأنِّي أخذت ملكي فكان متبرعًا فيما أعطى، فلا رجوع للمتبرع بسبب الاستحقاق.

والثانِي: وهو الأوجه هو أن المدعى عليه يضطر في مسألة الكتاب في دفع ما دفع بقطع الخصومة؛ لأنه دفعه ضرورة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، فلمَّا لم تنقطع الخصومة بظهور الاستحقاق زالت الضرورة فرجع المدعى عليه إلى أصل ماله، وأمَّا في تلك المسألة فالمدعي ليس بمضطر فيما أعطى؛ لأن المدعي في دعواه على خيرة، فلمَّا دفع باختياره لم يظهر عدم الاختيار عند ظهور الاستحقاق فلا يسترد ما أعطى.

قوله: وَإِنِ اسْتَحَقَّ بَعْضَ ذَلِكَ، أي: المصالح عنه وهو الدار التي في يد المدعى عليه، رَدَّ حِصَّتَهُ، أي: رد المدعي من بدل الصلح ما يقابل حصة ما استحق من الدار إلى المدعى عليه، وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ، أي: رجع المدعي بخصومته على المستحق؛ لأن المستحق قام مقام المدعى عليه؛ لما أن بعض الدار التي استحقها في يد المستحق ولم يسلم للمدعي بعض ما أخذ من بدل الصلح فلذلك يرجع بخصومته على المستحق.

قوله: فِيهِ، أي: في أصل الدعوى.

لِأَنَّهُ خَلَا العِوَضُ فِي هَذَا القَدْرِ عَنِ الغَرَضِ. وَلَوِ اسْتَحَقَّ المُصَالَحَ عَلَيْهِ عَنْ إِقْرَارٍ رَجَعَ بِكُلِّ المُصَالَحِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ، وَإِنِ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ رَجَعَ بِحِصَّتِهِ. وَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى فِي كُلِّهِ أَوْ بِقَدْرِ المُسْتَحَقِّ إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ لِأَنَّ المُبْدَلَ فِيهِ هُوَ الدَّعْوَى، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنْهُ عَلَى الإِنْكَارِ شَيْئًا حَيْثُ يَرْجِعُ بِالمُدَّعَى؛ لِأَنَّ الإِقْدَامَ عَلَى البَيْعِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالحَقِّ لَهُ، وَلَا كَذَلِكَ

قوله: لِأَنَّهُ خَلَا العِوَضُ فِي هَذَا القَدْرِ مِنَ الغَرَضِ، أي: لأن الأمر والشأن أن بدل الصلح الذي أخذه المدعي في حق ذلك القدر الذي أخذه المستحق من المدعى عليه خلا عن عوض المدعى عليه؛ لأن المدَّعى عليه إنما دفع مجموع ذلك العوض ليسلم له المصالح عنه بجميع أجزائه ولم يسلم بعض المصالح عنه، فلذلك يسترد ما يقابله من العوض من المدَّعي وهو بعض بدل الصلح.

قوله: وَلَوِ اسْتَحَقَّ المُصَالَحَ عَلَيْهِ - أي: بدل الصلح - **رَجَعَ بِكُلِّ المُصَالَحِ عَنْهُ**، أي: رجع المدعي على المدَّعى عليه بكل المصالح عنه وهو الدار؛ لأن المدعي إنما ترك ما ادَّعاه على المدعى عليه ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم، فيرجع بمبدله كما في البيع.

قوله: وَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى، أي: رجع المدعي إلى دعواه السابقة مع المدعى عليه؛ لأنه إنما كان ترك دعواه ليسلم له بدل الصلح، فلما لم يسلم بدل ترك الدعوى وهو بدل الصلح يرجع المدعي لذلك إلى المبدل وهو الدعوى.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنْهُ، أي: باع المدعى عليه من المدعي مع إنكاره.

قوله: شَيْئًا، معينًا، أي: أجرى لفظ البيع في مقام الصلح، صورته إذا ادعى رجل على آخر دارًا مثلًا وأنكر المدعى عليه ثمَّ صالح عن هذه الدعوى على عبد فقال: بعتُ منك هذا العبد بهذه الدار ثم استحق العبد، حيث يرجع المدعي على المدعى عليه بالمدعى به لا بالدعوى.

قوله: لِأَنَّ الإِقْدَامَ عَلَى البَيْعِ إِقْرَارٌ مِنْهُ، أي: من المدعى عليه بأن المدعي محق في

الصُّلْحُ لِأَنَّهُ قَدْ يَقَعُ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ، وَلَوْ هَلَكَ بَدَلُ الصُّلْحِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَالجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ فِي الفَصْلَيْنِ.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ وَلَمْ يُبَيِّنْهُ فَصُولِحَ مِنْ ذَلِكَ ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضَ الدَّارِ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنَ العِوَضِ لِأَنَّ دَعْوَاهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِيمَا بَقِيَ) بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَحَقَّ كُلَّهُ؛ لِأَنَّهُ يَعْرَى العِوَضُ عِنْدَ ذَلِكَ عَنْ شَيْءٍ يُقَابِلُهُ فَيَرْجِعُ بِكُلِّهِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ فِي البُيُوعِ، وَلَوِ ادَّعَى دَارًا فَصَالَحَهُ عَلَى قِطْعَةٍ مِنْهَا لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّ مَا قَبَضَهُ

دعواه، والحكم في البيع كذلك.

قوله: فِي الِاسْتِحْقَاقِ فِي الفَصْلَيْنِ، أي: في فصل الإقرار وفصل الإنكار.

قوله: عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ فِي البُيُوعِ، أي: في آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع، وذكرنا هناك فائدة المسألة من وجهين.

قوله: وَلَوِ ادَّعَى دَارًا فَصَالَحَهُ عَلَى قِطْعَةٍ مِنْهَا لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ، هذا الذي ذكره جواب غير ظاهر الرواية فيما ذكره في «الذخيرة»، وأمَّا في ظاهر الرواية فإنه يصح فقال: رجل ادعى دارًا في يدي رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين: إن وقع الصلح على بيت معلوم من دار آخرى للمدعى عليه فهو جائز، وإن وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز؛ لأن في زعم المدعي أنه أخذ بعض حقه وترك البعض، وفي زعم المدعى عليه أنه فدى عن يمينه، وإذا جاز هذا الصلح هل تسمع دعوى المدعي بعد ذلك؟ وهل تقبل بينته على باقي الدار؟ ففيما إذا وقع الصلح على بيت من دار أخرى لا تسمع دعواه باتفاق الروايات؛ لأن هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكأنه باع ما ادعى بما أخذه، وفيما وقع الصلح على بيت من هذه الدار ذكر شيخ الإمام نجم الدين النسفي رحمه الله في «شرح الكافي» أنه يستمع، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في «شرحه» أنه لا تسمع دعواه.

وجه من قال: تسمع أن المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي، إلا أن

مِنْ عَيْنِ حَقِّهِ وَهُوَ عَلَى دَعْوَاهُ فِي البَاقِي. وَالوَجْهُ فِيهِ أَحَدُ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَزِيدَ دِرْهَمًا فِي بَدَلِ الصُّلْحِ فَيَصِيرَ ذَلِكَ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِيمَا بَقِيَ، أَوْ يَلْحَقَ بِهِ ذِكْرُ البَرَاءَةِ عَنْ دَعْوَى البَاقِي.

الإبراء لاقى عينًا والإبراء عن الأعيان باطل، فصار وجوده وعدمه بمنزلة، وجه ظاهرِ الرواية أن الإبراء لاقى عينًا ودعوى، فإن المدعي كان يدَّعي جميع الدار لنفسه والإبراء عن الدعوى صحيح، وإن كان الإبراء عن العين لا يصح فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذا العين صح الإبراء، حتى لو ادعاه بعد ذلك لا تسمع.

وذكر في «المبسوط»: وإذا ادعى في بيت في يد رجل دعوى فصالحه من ذلك على أن يبيت على سطحه سنة فهو جائز؛ لأن في زعم المدعي أنه يستوفي تلك المنفعة باعتبار ملكه للأصل، ولم يذكر ما إذا صالحه على أن يبيت على سطح بيت آخر بعينه سنة، والجواب في ذلك أنه يجوز أيضـًا؛ لأن السطح مسكن كالأرض، ولو استأجر أرضـًا معلومة من الأرض لينزل فيها مدة معلومة جاز، فكذلك السطح؛ وهذا لأنه يتمكن من السكنى عليه بنصب الخيمة فيه، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي.

فإن قلتَ: كيف صورة الإبراء، قلتُ: هي أن يقول: قد برئتُ من هذه الدار، أو قال: قد برئتُ من دعواي في هذه الدار، فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينته لا تقبل، أمَّا لو قال: أبرأتك عن هذه الدار، أو قال: قد أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار، فهذا وأمثاله باطل، وله أن يخاصم فيها بعد ذلك، وفرق بين قوله: برئتُ وبين قوله: أبرأتك، فإن في قوله: أبرأتك، إنما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى، وعن هذا قالوا: إن عبدًا في يد رجل لو قال له رجل: برئتُ منه كان بريئـًا منه، ولو قال له: أبرأتك منه كان له أن يدعيه، وإنما أبرأه من ضمانه، كذا في «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ

(وَالصُّلْحُ جَائِزٌ عَنْ دَعْوَى الأَمْوَالِ)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَيْعِ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَالمَنَافِعُ لِأَنَّهَا تُمْلَكُ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ فَكَذَا بِالصُّلْحِ) وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الصُّلْحَ يَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى أَقْرَبِ العُقُودِ إِلَيْهِ وَأَشْبَهِهَا بِهِ احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ تَصَرُّفِ العَاقِدِ مَا أَمْكَنَ.

قَالَ: (وَيَصِحُّ عَنْ جِنَايَةِ العَمْدِ وَالخَطَأِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ

فصلٌ

لما ذكر مقدمات الصلح من شرائطه وأنواعه، ذكر في هذا الفصل ما يجوز من الصلح وما لا يجوز.

وقوله: وَالمَنَافِعِ - بالجر أي: وعن دعوى المنافع؛ - **لِأَنَّهَا تُمْلَكُ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ فَكَذَا بِالصُّلْحِ**، يعني: يجوز أخذ العوض عنها في العقود فكذا بالصلح، كذا في «زاد الفقهاء».

وذكر في «المغني»: وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنةً وهو يخرج من ثلث ماله، فصالحهم الوارث من الخدمة على دراهم جاز، وكذلك لو صالحه على خدمة آخر يجوز أيضـًا، وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرًا أو لبس ثوب شهرًا فهو جائز.

قوله: أَمَّا الأَوَّلُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ الآيَةَ، وذلك بطريق الصلح، كذا في «المبسوط».

وقوله: أَمَّا الأَوَّلُ، أي: الصلح عن جناية العمد، **وقوله: إِنَّهَا نَزَلَتْ فِي الصُّلْحِ**، أي: **عَنْ دَمِ العَمْدِ**، وللآية معنيان:

مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] الآيَةَ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -: إِنَّهَا نَزَلَتْ فِي الصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ،

أحدهما: وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك رضي الله عنهم: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ الآيَةَ، أي: فمن أعطي له في سهولة وارتدَّ به ولي القتيل، مِنْ أَخِيهِ، أي: من جهة أخيه المقتول، شَيْءٌ، أي: شيء من المال بطريق الصلح ويكره؛ لأنه مجهول القدر فإنه يقدر بما تراضيا عليه، ﴿فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨]، أي: فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح على محاملة وحسن معاملة، ﴿وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]، أي: وعلى المصالح أداء إلى ولي القتيل بإحسان في الأداء.

والثاني: وهو ما قاله جماعة، وهو مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم: الآية في عفو بعض الأولياء، ويدل عليه قوله: ﴿شَيْءٌ﴾، فإنه يراد به البعض وتقديره: فمن عُفي عنه وهو القاتل، من أخيه في الدين وهو المقتول، شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقين مالًا وهو الدية على حصصهم في الميراث، فاتباع بمعروف، أي: فليتبع الذين لم يَعْفُوا القاتلَ بطلب حصصهم بالمعروف، أي: بقدر حقوقهم من غير زيادة وأداء إليه بإحسان، أي: وليؤدِّ القاتل إلى غير العافي حقَّه وافيًا غير ناقص، كذا في «التيسير».

قوله: وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ، أي: الصلح عن دم العمد بمنزلة النكاح، وقال في «المبسوط»: ثم كل ما يصلح أن يكون صداقًا في النكاح يصلح أن يكون عوضًا في الصلح عن القصاص؛ لأنه مال يستحق عوضًا عما ليس بمال بالعقد، وعلى هذا يجوز التصدق في بدل الصلح قبل القبض وإن كان عينًا كما يجوز التصرف في الصداق؛ لأنه لم يبق في الملك المطلق للتصرف غرر حتى لا يبطل بالهلاك ولكن تجب قيمته، وكذلك لو استحق العبد كان على العاقل قيمته؛ لأن بالاستحقاق لا يبطل الصلح ولكن تعذر استيفاء العبد مع قيام النسب الموجب له، فتجب قيمته كما في الصداق؛ وهذا لأن الصلح عن القود لا يحتمل الفسخ بالتراضي كالنكاح، بخلاف الصلح عن المال، وعن هذا قالوا: لو صالحه عن دم عمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز؛ لأن المنفعة المعلومة يجوز استحقاقها عوضًا في الصلح

حَتَّى أَنَّ مَا صَلَحَ مُسَمًّى فِيهِ صَلَحَ هَاهُنَا إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُبَادَلَةُ المَالِ بِغَيْرِ

عن المال، ففي الصلح عما ليس بمال أوْلَى، ولما بيَّنا أن العوض هاهنا بمنزلة الصداق في النكاح والسكنى، والخدمة إذا كانت معلومة ببيان المدة يصلح صداقاً، وإن كان صالحه عليه أبدًا، أو على ما في بطن أمته، أو على غلة نخلة سنين معلومة أبدًا لم يجز؛ لأن هذا كله لا يثبت صداقاً بالتسمية في النكاح، وكذلك لا يستحق عوضًا عن دم العمد في الصلح.

وهذا بخلاف الخلع، فإنها لو اختلعت نفسها على ما في بطن أمتها صحت التسمية؛ لأن المرأة بالخلع لا تستحق شيئاً هو متقوم، ولكن يبطل ملك الزوج عنها، والبضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم، وكان التزامها البدل بمنزلة الالتزام بالوصية والإقرار، وذلك صحيح مضافاً إلى ما في البطن، ولهذا لو اختلعت بمال في مرضها اعتبر من ثلثها كالوصية، أما في الصلح عن القود فالقاتل يستفيد العصمة والتقوم في نفسه، ولهذا لو صالح في مرضه على قدر الدية اعتبر من جميع ماله، فكان المال عوضًا عما هو متقوم في حق من التزمه، والجنين لا يصلح عوضاً في مثله.

وقوله: حَتَّى أَنَّ مَا صَلَحَ مُسَمًّى فِيهِ صَلَحَ هَاهُنَا، لا على العكس، أي: لا يمكن أن يقال: كل ما يصلح بدل القصاص صلح مسمى للنكاح، فإن عفو القصاص يصلح بدلًا للقصاص ولا يصلح مسمى، فإنه ذكر في «المبسوط»: ولو صالحه على أن عفا عن هذا الدم على أن عفا الآخر عن قصاصٍ له قِبَل رجل آخر كان جائزًا، وعفو القصاص لا يصلح مسمى.

فإن قلتَ: ما وجه الفرق بينهما؟

قلتُ: ففي القصاص أنَّ كل واحد منهما أسقط حقه عما له من القود، وكل واحد منهما متقوم صالح للاعتياض عنه، حتى صلح المال عوضاً عن القصاص، فيجوز أن يجعل أحدهما عوضًا عن الآخر لكونه متقوماً، بخلاف النكاح حيث لا يصلح القصاص أن يكون صداقاً؛ لأن الشرط في الصداق أن يكون مالًا قال الله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، والقصاص ليس بمال، وفي القصاص الشرط أن يكون ما يستحق بالصلح متقومًا، وذلك موجود في القصاص على ما قررنا، وكذلك لو صالح عن القود على أقل من عشرة دراهم يجوز، وإن كان ما دون العشرة لا يستحق صداقًا، كذا في «المبسوط».

الْمَالِ إِلَّا أَنَّ عِنْدَ فَسَادِ التَّسْمِيَةِ هُنَا يُصَارُ إِلَى الدِّيَةِ لِأَنَّهَا مُوجَبُ الدَّمِ. وَلَوْ صَالَحَ عَلَى خَمْرٍ لا يَجِبُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لا يَجِبُ بِمُطْلَقِ العَفْوِ وَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ فِي الفَصْلَيْنِ؛

قوله: إِلَّا أَنَّ عِنْدَ فَسَادِ التَّسْمِيَةِ، كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معينين.

قوله: هُنَا، أي: في الصلح عن جناية العمد، أي: على القاتل الدية في ماله عند فساد التسمية؛ لأن فساد التسمية لا يمنع سقوط القود، كما أن فساد التسمية لا يمنع صحة النكاح، وإذا سقط القود وجبت الدية؛ لأن المولى ما رضي بسقوط حقه مجانـًا، وقد صار مغرورًا من جهة القاتل بما سمي له، فيرجع عليه ببدل ما سلم له وبدل النفس الدية، وإنما تجب في مال القاتل؛ لأن بدل الصلح لا يجب على العاقلة؛ لأنه وجبَ بعقده فكان عليه خاصة، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: لِأَنَّهُ لا يَجِبُ بِمُطْلَقِ العَفْوِ، أي: لأن المال لا يجب بمطلق العفو، يعني لمَّا لم يسم مالًا متقوماً في الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواءً، فبقي مطلق العفو عن القصاص، وفي مطلق العفو عن القصاص لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر في الصلح.

قوله: وَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ فِي الفَصْلَيْنِ، أي: في فصل فساد تسمية الصداق كما إذا تزوجها على ثوب غير معين، وفي فصل ما إذا تزوجها على خمر، وحاصله أن الصلح عن دم العمد يشبه النكاح في بعض الأحكام، وهو أن الصلح عن دم العمد على ما في البطن لا يجوز كما أن تسمية الصداق به في النكاح لا تجوز، وكما أن اعتبار الصلح عن دم العمد من جميع المال، وكذلك الصداق يعتبر من جميع المال، بخلاف الخلع في هذين الحكمين على ما ذكرنا، ويشبه الخلع في بعض الأحكام وهو فيما إذا صالح عن دم العمد، أو قطع يد رجل عمدًا على خمر أو خنزير أو حرٍّ وهو يعرفه كان عفوًا، فلا يجب على القاتل شيء كما في الخلع يقع الطلاق ولا يجب على المرأة شيء، بخلاف النكاح فإنه لو تزوجها على خمر أو خنزير كان لها مهر المثل.

والوجه في ذلك كله هو أن استحقاق مهر المثل هناك باعتبار صحة النكاح لا باعتبار

لِأَنَّهُ المُوجَبُ الأَصْلِيُّ، وَيَجِبُ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ حُكْمًا، وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ جَوَابِ الكِتَابِ الجِنَايَةَ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ عَلَى مَالٍ حَيْثُ لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ التَّمَلُّكِ،

تسمية العوض، حتى لو لم يسم شيئًا وجبَ مهر المثل، وفي الخلع والصلح عن دم العمد استحقاق البدل باعتبار تسمية العوض، حتى لو لم يسم شيئًا كان العفو مجانًا، وعلى هذا التحقيق يتبين أنه لا فرق، فإنَّا نجعل تسمية الخمر والخنزير وجودها كعدمها في المواضع كلها؛ وهذا لأنه يتملك الزوج بالنكاح ما هو متقوم مصون عن الابتدال فلا يتملكه إلا بعوض إظهارًا لخطره، وهاهنا من له القود يسقط القود ولا يملك القاتل شيئًا، وإسقاط القود غير مصون عن البدل، فلهذا لا يجب المال إلا باعتبار تسمية عوض هو مال متقوم، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ المُوجَبُ الأَصْلِيُّ، أي: لأن مهر المثل هو الموجب الأصلي في النكاح، فكان وجوب المهر في باب النكاح من ضرورات العقد، فإن عقد النكاح ما شرع إلا بالمال، فإذا لم يكن المسمَّى مالًا لغت التسمية أصلًا، فصار كما لو تزوجها ولم يسم لها مهر المثل فيجب مهر المثل، وأمَّا في باب الصلح فوجوب المال ليس من ضرورات الصلح، فإنه لو عفا ولم يسم مالًا لم يجب شيء، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَيَجِبُ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ حُكْمًا، أي: ويجب المهر في عقد النكاح مع السكوت عن ذكر المهر شرعًا.

قوله: وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ جَوَابِ الكِتَابِ، وهو **قوله: وَيَصِحُّ عَنْ جِنَايَةِ العَمْدِ**.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ عَلَى مَالٍ حَيْثُ لا يَصِحُّ، قيد الصلح في الشفعة بالصلح على حق الشفعة احترازًا عن الصلح على أخذ نصف الدار، أو على بيت بعينه، فإن الصلح مع الشفيع فيها جائز؛ لأنه ذكر في «المبسوط» أن صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه:

وَلا حَقَّ فِي المَحَلِّ قَبْلَ التَّمَلُّكِ. وَأَمَّا القِصَاصُ فَمِلْكُ المَحَلِّ فِي حَقِّ الفِعْلِ فَيَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ تَبْطُلُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالإِعْرَاضِ وَالسُّكُوتِ، وَالكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِمَنْزِلَةِ حَقِّ الشُّفْعَةِ حَتَّى لا يَجِبَ المَالُ بِالصُّلْحِ عَنْهُ،

(١) في وجه يصح، وهو أن يصالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن.

(٢) وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعته، وهو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن؛ لأن حصته مجهولة ولا تبطل شفعته؛ لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح.

(٣) وفي وجه تبطل شفعته لوجود الإعراض ولا يجب المال، وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري، فهاهنا تبطل شفعته لوجود الإعراض منه عن الأخذ بالشفعة ولا يجب المال؛ لأن ملك المشتري في الدار لم يتغير لهذا الصلح، بل بقي على ما كان قبل الصلح، وحق الشفعة ليس بمال ولا يؤول مالًا بحال، فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز، بخلاف القصاص فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص، وبالصلح تحدث له العصمة في ذمة فيجوز أن يلزمه العوض بمقابلته، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا حَقَّ فِي المَحَلِّ قَبْلَ التَّمَلُّكِ، أي: لا حق للشفيع في الدار المشتراة قبل أن يأخذها بالشفعة أصلًا، وأمَّا في القصاص فمن عليه القصاص مملوك لمن له القصاص في حق فعل القصاص، فكان أخذ العوض ممَّن عليه القصاص بمنزلة أخذ العوض من عبده في الإعتاق على مال فيجوز، وأوضح هذا المعنى في «الإيضاح» فقال: والوجه في الفرق بينهما أن حق الشفعة حق أن يتملك محلًا هو مملوك الغير، وقبل التملك لا حق في المحل بوجه مَّا، فأمَّا في باب القصاص فالمحل صار مملوكًا في حق إقامة الفعل، حتى إذا وقع الفعل اتصف بكونه حقًّا، فإذا صار المحل مملوكًا في حق إقامة الفعل ظهر الحق في المحل فملكَ الاعتياض.

قوله: وَالكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِمَنْزِلَةِ حَقِّ الشُّفْعَةِ، أي: في عدم الجواز، يعني: إذا كفل رجل عن نفس رجل فجاء المكفول له وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول ويخرج الكفيل من الكفالة لا يصح الصلح.

غَيْرَ أَنَّ فِي بُطْلَانِ الكَفَالَةِ رِوَايَتَيْنِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ جِنَايَةُ الخَطَأِ فَلِأَنَّ مُوجِبَهَا المَالُ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ، إِلَّا أَنَّهُ لا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ مُقَدَّرٌ شَرْعًا فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ فَتُرَدُّ الزِّيَادَةُ، بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنِ القِصَاصِ حَيْثُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ القِصَاصَ لَيْسَ بِمَالٍ وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالعَقْدِ،

وقال في شفعة «المبسوط» في باب ما لا تجبُ شفعته: وهذا الصلح باطل؛ لأنه بإسقاط حقه بالكفالة بالنفس لا يملك الكفل شيئًا، فلا يستحق عليه عوضًا.

قوله: غَيْرَ أَنَّ فِي بُطْلَانِ الكَفَالَةِ رِوَايَتَيْنِ، في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وبه يُفتى، وهو رواية أبي حفص رحمه الله، وفي الصلح من رواية أبي سليمان رحمه الله لا تبطل، فوجه البطلان هو أن السقوط لا يتوقف على العوض وإذا سقطت لا يعود، وفي رواية الكفالة بحالها فوجهه أن الكفالة بالنفس سبب من الوصول إلى المال، فأخذ حكمه من هذا الوجه، فإذا رضيَ بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانًا، كذا في «الإيضاح»، و«الذخيرة».

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدِّيَةِ، إلى قوله: بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنِ القِصَاصِ حَيْثُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ، وكذلك الصلح عن دم العمد والصلح عن القتل الخطأ يفترقان أيضًا في فساد الصلح بتسمية الخمر والخنزير، فإن في الصلح عن دم العمد على الخمر والخنزير لا يستحق ولي القصاص شيئًا، وقد ذكرناه، وفي القتل الخطأ تجب الدية، فكان الفرق بينهما في موضعين، أي: في موضع الزيادة على قدر الدية وفي موضع فساد التسمية.

وقال في «المبسوط»: ولو كان القتل خطأ، أي: في الصلح عن القتل عن الخمر والخنزير كان عليه الدية؛ لأن هذا صلح عن مال فيكون نظيرًا لصلح عن سائر الديون إذا بطل بقي المال واجبًا كما كان وهو الدية.

ثم اعلم أن الصلح بالزيادة على قدر الدية في جناية الخطأ إنما لا يجوز إذا كان ذلك الصلح منفردًا، وأمَّا إذا كان الصلح عن دم العمد منضمًا بالصلح عن الخطأ يجوز وإن زاد بدل الصلح على قدر الدية، صورته: رجل قتل رجلًا عمدًا وقتل آخر خطأً ثم صالح

وَهَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَى أَحَدِ مَقَادِيرِ الدِّيَةِ، أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ جَازَ؛ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ بِهَا، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ كَيْ لا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ. وَلَوْ قَضَى القَاضِي بِأَحَدِ مَقَادِيرِهَا فَصَالَحَ عَلَى جِنْسٍ آخَرَ مِنْهَا بِالزِّيَادَةِ جَازَ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الحَقُّ بِالقَضَاءِ فَكَانَ مُبَادَلَةً بِخِلَافِ الصُّلْحِ ابْتِدَاءً؛ لِأَنَّ تَرَاضِيَهُمَا عَلَى بَعْضِ

أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد، فصار هذا كرجل عليه مائة دينار لرجل وألف درهم لآخر، فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم يجوز، فلصاحب الألف الألف والباقي لصاحب الدنانير، كذا في «المغني».

قوله: أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ جَازَ، بأن يصالح على مكيل أو موزون.

قوله: كَيْ لا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ، أي: عن دين الدية بدين بدل الصلح.

قوله: وَلَوْ قَضَى القَاضِي بِأَحَدِ مَقَادِيرِهَا فَصَالَحَ عَلَى جِنْسٍ آخَرَ، إلى آخره، صورته قضى القاضي بمائة من الأبل ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتي بقرة فهو جائز؛ لأن القاضي عيَّن الواجب في الإبل وخرج غيره من أن يكون واجبًا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضًا عن الواجب، فصحَّ إن كان يدًا بيدٍ، أمَّا لو كان صالح على شيء من المكيل أو الموزون سوى الدراهم أو الدنانير إلى أجل فهو باطل؛ لأن القاضي عين الحق في الأبل فكان هذا اعتياضـًا عن دين بدين فلا يجوز، كذا في «الإيضاح».

قوله: مِنْهَا، أي: من مقادير الدية.

قوله: بِخِلَافِ الصُّلْحِ ابْتِدَاءً، أي: لا يجوز إذا كان الصلح ابتداءً على أحد مقادير الدية زائدًا على قدر الدية.

قوله: لِأَنَّ تَرَاضِيَهُمَا عَلَى بَعْضِ المَقَادِيرِ بِمَنْزِلَةِ القَضَاءِ، ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لا يجوز، فكذا هذا.

قوله: عَلَى مَا تَعَيَّنَ، أي: شرعًا.

المَقَادِيرِ بِمَنْزِلَةِ القَضَاءِ فِي حَقِّ التَّعْيِينِ فَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى مَا تَعَيَّنَ.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَنْ دَعْوَى حَدٍّ)؛ لِأَنَّهُ حَقُّ اللهِ تَعَالَى لا حَقُّهُ، وَلا يَجُوزُ الاعْتِيَاضُ عَنْ حَقِّ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لا يَجُوزُ الاعْتِيَاضُ إِذَا ادَّعَتِ المَرْأَةُ نَسَبَ وَلَدِهَا؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الوَلَدِ لا حَقُّهَا، وَكَذَا لا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَمَّا أَشْرَعَهُ إِلَى طَرِيقِ العَامَّةِ؛ لِأَنَّهُ

قوله: وَلا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَنْ دَعْوَى حَدٍّ، صورته رجل أخذ زانيًا أو سارقًا يسرق من غيره، أو أخذه في شرب خمر وأراد أن يرفعه إلى الحكام، فصالح المأخوذ على مالٍ على أن لا يرفعه إلى السلطان فالصلح باطل، ويرجع عليه بما دفع من المال، وكذلك لو ادعى رجل على رجل قذفًا فصالح المدعى عليه بدراهم على أن يعفو عنه فالصلح باطل، كذا في «شرح المختصر للعامري».

وعلل في «المبسوط» في هذه المسألة في باب الصلح في الصدقة وقال: لأن المرافعة إلى السلطان بحق الشرع، فالمقصود إقامة الحد الذي هو محض حق الله تعالى، وذلك مما لا يحتمل السقوط بإسقاطه سواء أسقطه بعوض أو بغير عوض، وهي حقيقةً أكل المال بالباطل، والصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام باطل، ولا يجوز الصلح مع الشاهدين بمال على أن يشهدوا عليه بكذا، أي: في حق كان؛ لأن أداء الشهادة مستحق على الشاهد بحق الشرع.

قوله: وَلِهَذَا لا يَجُوزُ الاعْتِيَاضُ إِذَا ادَّعَتِ المَرْأَةُ نَسَبَ وَلَدِهَا، صورته: ادعت امرأة على رجل أن هذا الصبي الذي في يدها ابنه منها، وجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت: قد طلقني، وأقرَّ الزوج أنه طلقها وبانت فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل؛ لأن النسب حق الصبي فلا يجوز للإمام إسقاطه، كذا في «شرح القدوري».

وهكذا أيضًا في «الإيضاح»، غير أن في «الإيضاح» نسب هذه الرواية إلى أبي يوسف، وقال فالصلح باطل؛ لأن النسب ثبت حقًّا للصبي فلا يملك الاعتياض لإسقاطه؛ لأنه لا يقبل الإسقاط أصلًا فاستوى فيه وجود العرض وعدمه.

حَقُّ العَامَّةِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالَحَ وَاحِدٌ عَلَى الِانْفِرَادِ عَنْهُ؛ وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ الجَوَابِ حَدُّ القَذْفِ؛ لِأَنَّ المُغَلَّبَ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا وَهِيَ تَجْحَدُ فَصَالَحَتْهُ عَلَى مَالٍ بَذَلَتْهُ

قوله: فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالَحَ وَاحِدٌ؛ لأنه بقي لبقية المسلمين الخصومة فيها والمطالبة بقلعها، فلم يستفد صاحب الظلة بدفع العوض فائدة فلا يصح الصلح، كذا في «شرح القدوري».

وقوله: إِلَى طَرِيقِ العَامَّةِ، قيَّد به؛ لأنه لو كانت الظلة على طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز؛ لأن الطريق مملوك لأهلها فيظهر في حق الأفراد والصلح معه مفيد؛ لأنه لا يسقط حقه ويتوصل إلى تحصيل رضا الباقين فجاز، كذا في «الإيضاح».

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما ذكره في صلح «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: رجل له باب في غرفة أو كوة فخاصمه جاره على دراهم معلومة يدفعها إلى الجار ليترك الكوة ولا يسدها كان ذلك باطلًا، وما يقابل الكوة من دار الجار مملوك للجار ومع ذلك لم يجز الصلح.

قلتُ: الفرق بينهما ظاهرٌ، أمَّا في مسألة الكوة فالجار ظالم في منع صاحب الكوة عن الانتفاع بمال نفسه، والجار إنما يأخذ المال ليمتنع عن الظلم، والامتناع عن الظلم واجب على كل أحد بدون الصلح فلا يجوز الصلح، وأمَّا بناء الظلة فليس بتصرف في ملك نفسه إنما هو بناء في هواء مشترك بين قوم معلومين فيجوز، وفي مسألة الكوة لو جرى الصلح بينهما على أن يأخذ صاحب الكوة دراهم ليسد الكوة والباب كان باطلًا أيضًا؛ لأن الجار إنما دفع المال ليمتنع صاحب الكوة عن التصرف في ملكه والانتفاع بمال نفسه، فكان باطلًا، إلى هذا أشار في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

وقوله: وَاحِدٌ عَلَى الِانْفِرَادِ، إنما قيَّد به؛ لأنه لو صالح الإمام صاحب الظلة على دراهم على أن يترك الظلة جاز الصلح وإن كانت في طريق العامة إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضع ذلك في بيت المال؛ لأن الاعتياض من الشركة العامة جائز من الإمام، فإنه لو باع شيئًا من بيت المال يجوز، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله، و«الذخيرة».

قوله: لِأَنَّ المُغَلَّبَ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ، ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث، بخلاف القصاص.

حَتَّى يَتْرُكَ الدَّعْوَى جَازَ وَكَانَ فِي مَعْنَى الخُلْعِ)؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ خُلْعًا فِي جَانِبِهِ بِنَاءً عَلَى زَعْمِهِ وَفِي جَانِبِهَا بَدَلًا لِلْمَالِ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ. قَالُوا: وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى إِذَا كَانَ مُبْطِلًا فِي دَعْوَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَتِ امْرَأَةٌ عَلَى رَجُلٍ نِكَاحًا فَصَالَحَهَا عَلَى مَالٍ بَذَلَهُ لَهَا جَازَ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَكَذَا ذُكِرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ، وَفِي بَعْضِهَا قَالَ: لَمْ يَجُزْ. وَجْهُ الأَوَّلِ أَنْ يَجْعَلَ زِيَادَةً فِي مَهْرِهَا. وَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ بَذَلَ لَهَا المَالَ لِتَتْرُكَ الدَّعْوَى فَإِنْ جُعِلَ تَرْكُ الدَّعْوَى مِنْهَا فُرْقَةً فَالزَّوْجُ لا يُعْطِي العِوَضَ فِي الفُرْقَةِ، وَإِنْ لَمْ يُجْعَلْ فَالحَالُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الدَّعْوَى فَلَا شَيْءَ يُقَابِلُهُ العِوَضُ فَلَمْ يَصِحَّ.

قوله: وَكَانَ فِي مَعْنَى الخُلْعِ، أي: في زعم الزوج والخلع بلفظ البراءة صحيح، فإن أقام بينة على تزويجه بعد الصلح لم أقبل ذلك منه؛ لأن بزعمه ما جرى بينهما كان خلعًا، ولا فائدة بعد الخلع في إقامة البينة على النكاح، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى إِذَا كَانَ مُبْطِلًا فِي دَعْوَاهُ، وهذا عام في جميع أنواع الصلح، والدليل عليه ما ذكره في كتاب الإقرار: أن من أقرَّ لغيره بمال، والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره، فإنه لا يحل له ذلك المال فيما بينه وبين الله تعالى، إلا إن سلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكاً على طريق الهبة، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: هَكَذَا ذُكِرَ، بفتح الذال على بناء الفاعل استدلالًا بقوله قال فيما بعده: وَفِي بَعْضِهَا قَالَ: لَمْ يَجُزْ، وهو المذكور في «شرح القدوري».

قوله: وَإِنْ لَمْ يُجْعَلْ، أي: وإن لم يجعل ترك الدعوى فرقة صار كأنه لم يصالح، ومع ذلك أعطى المال فلم يفد دفع المال فائدته، فلم يكن ما أخذت عوضاً عن شيءٍ فكان رشوةً فلا يجوز، كذا في «شرح الأقطع».

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ فَصَالَحَهُ عَلَى مَالٍ أَعْطَاهُ جَازَ وَكَانَ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ)؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ فِي حَقِّهِ لِزَعْمِهِ وَلِهَذَا يَصِحُّ عَلَى حَيَوَانٍ فِي الذِّمَّةِ إِلَى أَجَلٍ وَفِي حَقِّ المُدَّعَى عَلَيْهِ يَكُونُ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ حُرٌّ فَجَازَ إِلَّا أَنَّهُ لا وَلاءَ لَهُ لِإِنْكَارِ العَبْدِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ فَتُقْبَلَ وَيَثْبُتَ الوَلاءُ. قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا،

وإنما قلنا: أن دفع المال هاهنا لم يفد فائدته؛ وذلك لأن ما تبذل المرأة بضع، وما يبذل الرجل مال وبذل البضع بالمال لا يجوز إلا بالنكاح، وهذا ليس بنكاح وهي لم تترك الدعوى؛ لأن الفرقة لم توجد فكانت دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح، فلم يفد دفع المال فائدته فلا يجوز.

قوله: وَإِنِ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ فَصَالَحَهُ، أي: ادعى على رجل مجهول الحال أنه عبده فأنكر المدعى عليه ذلك ثم صالحه على مائة درهم فهو جائز، كذا في «المبسوط».

وقوله: وَلِهَذَا يَصِحُّ عَلَى حَيَوَانٍ فِي الذِّمَّةِ، إيضاح لقوله: وَكَانَ فِي حَقِّ المُدَّعِي بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ، والأصل أن الحيوان إنما يجب دينًا في الذمة إذا كان ذلك الدين بمقابلة ما ليس بمال كما في النكاح والديات، يعني: ولو كان هذا بمنزلة مبادلة مال بمال لما صح الحيوان دينًا في الذمة، والدليل أيضًا على أن هذا الصلح في زعم المدعي بمنزلة الإعتاق على مال: أنه لو أقام المدعي البينة بعد ذلك أنه عبده لم تقبل بينته في إثبات الملك؛ لأنه ما جرى بينهما كان بمنزلة العتق، كذا في «المبسوط».

قوله: لِإِنْكَارِ العَبْدِ، أي: لكونه عبدًا للمدعي وعتقه.

قوله: إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ - أي: على أنه عبده - فَتُقْبَلَ، أي: في حق الولاء؛ لأنه صالحه على المال بعد كونه عبدًا له فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مال فَيَثْبُتَ الوَلاءُ.

قوله: وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ نَفْسِهِ، أي: سواء كان عليه دين أو لم يكن.

لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ نَفْسِهِ، وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا فَصَالَحَهُ جَازَ)

قوله: وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ، أي: لهذا العبد المأذون عبد فذلك العبد قتل رجلًا.

قوله: فَصَالَحَهُ جَازَ، أي: سواء كان عليه دين أو لم يكن.

ثم اعلم أنه إن لم يصح صلح المأذون عن نفسه لكن ليس لولي القتيل أن يقتله بعد الصلح؛ لأنه لمَّا صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو عنه ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر إلى ما بعد العتق؛ لأن صلحه عن نفسه إن لم يجز في حق المولى جاز في حق العبد؛ لأنه مكلف فكان كالأمة البالغة إذا طلقها زوجها بمال وقبلت، فإن المال يجب في حقها وإن لم يجب في حق المولى حتى يؤاخذ به بعد العتق وصار كأن الزوج طلقها بمال مؤجل، ولهذا كان الطلاق بائنًا؛ لأنه طلقها بعوض فكذلك هاهنا ولي القصاص لمَّا صالح مع المأذون فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق، ولو فعل هكذا يجوز الصلح ولم يكن لولي القتيل أن يقتله ولا أن يبيعه بشيءٍ ما لم يعتق فكذا هنا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

وهذا جواب عمَّن أورد الإشكال بأن الصلح إن لم يصح وقد سقط القتل لتضمن الصلح العفو وقد اعترف به المولى فلِمَ لَمْ يخاطب المولى بالدفع أو بالفداء؟ قلنا: لمَّا كان هذا عبارة عن صلح مؤجل بدله إلى ما بعد العتق فلا يطالب به المولى في الحال.

فإن قلتَ: ما الفرق بين العبد المأذون وبين المكاتب؟ فإن المكاتب إذا قتل رجلًا عمدًا ثم صالح لنفسه على شيء من كسبه جاز الصلح، فالمأذون إذا صالح لنفسه من القصاص على شيء من كسبه لا يجوز على ما ذكرت.

قلتُ: إنما جاز الفرق بينهما من حيث أن المكاتب أعلى حالًا من المأذون، فكان يده على نفسه أقوى من يد المأذون، ولهذا لو ادعى إنسان رقبة المكاتب ينتصب المكاتب خصمًا للمدعي، ولو قطع شيء من طرفه كان البدل له، ولو قتل خطأ كان البدل له ويقضي به بدلُ الكتابة وسائر ديونه، فألحقناه بالحر باعتبار قوة يده في حق جواز الصلح، وأمَّا المأذون فلا ينتصب خصمًا عن نفسه للمدعي، وبدل يده ونفسه للمولى فيلحق بما قبل الإذن لضعف يده، ولو صالح قبل الإذن عن القصاص لا يجوز فكذا بعد الإذن، كذا ذكره الإمام المحبوبي.

وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ رَقَبَتَهُ لَيْسَتْ مِنْ تِجَارَتِهِ وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا بِمَالِ المَوْلَى وَصَارَ كَالأَجْنَبِيِّ، أَمَّا عَبْدُهُ فَمِنْ تِجَارَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ فِيهِ نَافِذٌ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا، وَهَذَا لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِ وَهَذَا شِرَاؤُهُ فَيَمْلِكُهُ. قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا يَهُودِيًّا قِيمَتُهُ دُونَ المِائَةِ فَاسْتَهْلَكَهُ فَصَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَبْطُلُ

وقوله: لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ نَفْسِهِ، أي: على مال.

قوله: وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ - أي: في رقبته بتأويل العضو أو الجزء - بَيْعًا، قُيد بالبيع؛ لأنه يملك التصرف في رقبته إجارة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا بِمَالِ المَوْلَى؛ لأن ما أعطاه من بدل الصلح فهو مال المولى.

قوله: وَصَارَ كَالأَجْنَبِيِّ، أي: وصار العبد كالأجنبي في حق نفسه؛ لأن نفسَه مالُ المولى، والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بدون إذنه لا يجوز فكذا هنا، بخلاف صلح هذا العبد المأذون عن عبده فإنه يجوز؛ لأنه مأذون له في التجارة وهذا من باب التجارة.

وتحقيق هذا الفرق فيما ذكره صدر الإسلام في «الجامع الصغير» وقال: لم يجز صلحه في حق نفسه؛ لأنه ليس للمأذون أن يتصرف في نفسه بيعـًا، بل ولاية التصرف في نفسه للمولى، أما في كسبه ولاية التصرف له والصلح على مال في معنى الشراء، فإن العبد صار كالمستحق بقتل العمد، ولو زال عبده عن ملكه بملك شراه فيملك الصلح أيضـًا، ولو زالت نفسه عن ملك المولى لا يملك شراء

نفسه، فكذا لا يملك الصلح أيضـًا.

قوله: وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا يَهُودِيًّا قِيمَتُهُ دُونَ المِائَةِ فَاسْتَهْلَكَهُ فَصَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، يهود: قومٌ من أهل الكتاب ينسب إليهم الثوب فيقال: ثوب يهودي، هذا الذي ذكره وضع «الجامع الصغير»، وذكر هذه المسألة في «الأصل» ووضعها

الفَضْلُ عَلَى قِيمَتِهِ بِمَا لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ هِيَ القِيمَةُ وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ

في العبد ثم قال: إن كان العبد قائمًا جاز الصلح سواء كان البدل حالًا أو مؤجلًا، وسواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار، وسواء كان الصلح على أضعاف قيمته أو لم يكن، وإن كان العبد مستهلكًا فصالحه على دراهم مسماة مثل قيمة العبد أو أقل جاز حالًا كان أو مؤجلًا، وأمَّا إذا صالحه على أكثر من قيمة العبد دراهم أو دنانير إن كان حالًا فهو على الخلاف، وكذلك الخلاف في كل ما لا مثل له.

ثم اعلم أنا نحتاج هاهنا إلى بيان القيود الإجماعية، وإلى بيان منشأ أصل الخلاف بينهم مماذا؟ فنقول وبالله التوفيق: فقيد أولًا: بالغصب، لاستدعاء الصلح ذلك عادة، فإن الثوب الموصوف لو كان على رجل بالبيع لا يقع منه الصلح عادةً، ولو استهلكه كان حكمه حكم الثوب المستهلك غصبًا، وقيد بالثوب احترازًا عن غصب المثلي، فإنه إذا كان لرجل على رجل كرّ حنطة وصالح منها على دراهم أو دنانير فالصلح جائز بالإجماع، سواء كانت الدراهم والدنانير أكثر من قيمتها أو أقل لكن القبض شرط، وإن كانت الدراهم والدنانير بأعيانها حتى لا يقع الافتراق عن دين بدين؛ لأن هذه الأشياء ثمن فلا تتعين بالتعيين.

وفيه أيضًا احتراز عما وجب على رجل دراهم بطريق القرض، أو وجب على أحد الشريكين في العبد إذا أعتق نصيبه، فصالحه الثالث من نصيبه على أكثر من نصف قيمة العبد لا يجوز الصلح بالإجماع.

وقيد بكونه يهوديًا لتعرف قيمته، فإن عندهما لا تجوز الزيادة في الصلح على قيمته إلا بقدر يتغابن الناس فيه، فلا بد أن يكون الثوب المدعا به موصوفًا حتى تعرف تفاوت القيمة، وقيد بالاستهلاك؛ لأن الثوب إذا كان قائمًا على حاله يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع وقد ذكرناه، وقيد **بقوله**: عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ؛ لأنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالًا وقبضه قبل الافتراق عن المجلس جاز بالإجماع، ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يقض القاضي بقيمة الثوب على الغاصب، أمَّا لو قضى القاضي عليه بالقيمة ثم صالحه على أكثر منها لا يجوز الصلح بالإجماع.

وأمَّا منشأ أصل الاختلاف بينهم راجع إلى أن وجوب الشيء الذي وقع عليه الصلح

فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهَا تَكُونُ رِبًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى عَرَضٍ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لا تَظْهَرُ

من الدراهم والدنانير بمقابلة ماذا في المغصوب، فعند أبي حنيفة رحمه الله ذلك بمقابلة عين المغصوب، إمَّا تحقيقًا فيما إذا كان قائمًا أو تقديرًا فيما إذا كان مستهلكًا، فإن أصح الأقوال أن الصلح جائز عنده على أكثر من قيمة المغصوب وإن كان مستهلكًا، ولمَّا كان كذلك جاز الصلح عنده على أكثر من قيمته؛ لأن الدراهم أو الدنانير إنما وقعت بمقابلة عين الثوب المغصوب، ولا ربا بين الدراهم وبين عين الثوب فيجوز الصلح، وإن كان الذي وقع عليه الصلح أكثر من قيمة الثوب، وأمَّا عندهما فالذي وقع عليه الصلح من الدراهم أو الدنانير بمقابلة قيمة المغصوب، والقيمة مقدرة بالدراهم أو الدنانير، فلو زاد ما وقع عليه الصلح من الدراهم أو الدنانير من قيمة المغصوب لا يجوز الصلح لكونه ربًا، هذه فوائد مقتبسة من إشارات «المبسوط»، وشروح «الجامع الصغير»، و«شرح الطحاوي» رحمه الله، و«الذخيرة».

فقال في «الذخيرة»: والوجه لأبي حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكمًا، فيجوز بالغًا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقةً، وإنما قلنا أن هذا اعتياض عن الحيوان والثوب حكمًا فيجوز؛ لأن الواجب في رقبة الغاصب حقًّا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه؛ لأنه ضمان عدوان فيكون مقيدًا بالمثل، والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنًى، ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزنات، وإيجاب الحيوان والثوب ممكن كما في النكاح والدية، إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة، ضرورة أن أخذ المثل صورةً ومعنًى غير ممكن إلا بسابقة التقويم، والآخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقةً؛ لما فيه من التفاوت الفاحش، ولا ضرورة في الوجوب؛ لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك، فصحَّ ما ادعيناه أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيف ما كان.

وفي «المبسوط»: ولأبي حنيفة رحمه الله طريقان:

أحدهما: أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المنصوب منه ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة، بدليل أنه لو اختار ترك التضمين بقي العبد هالكًا على ملكه حتى يكون الكفن

عِنْدَ اخْتِلَافِ الجِنْسِ، وَبِخِلَافِ مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ

عليه، ولو كان آبقًا فعاد من إباقه كان مملوكـًا له، وإذا كان كذلك فإنه لمَّا صالح على أكثر من قيمته فالمال الذي وقعَ عليه الصلح يكون عوضًا عن ملكه في العبد أو الثوب، ولا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائمًا بغيره حتى صالحه.

والطريق الآخر أن الواجب على الغاصب ضمان الرد، كما قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «على اليد ما أخذت حتى ترد» وهو الضمان الأصلي في الغصب، وإنما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين في أداء الضمان الأصلي بها، فكان ذلك لأجل الضرورة حتى لا يصار إليه إلا عند العجز عن رد العين، فإذا صالحه على شيء كان ما وقع عليه الصلح عوضًا عن الضمان الأصلي وهو رد العين، فلا يكون ربـًا وإن كان الذي وقع عليه الصلح أكثر من قيمة المغصوب.

فإن قلتَ: ما جواب أبي حنيفة رحمه الله عن احتجاجهما بمسائل مجمع عليها تدل على أن الواجب على الغاصب بعد هلاك العين القيمة، وعلى أن ما وقع عليه الصلح إنما وقع بمقابلة القيمة الواجبة في ذمته لا بمقابلة العين؟

إحداها: هي أنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة إلى أجل لا يجوز، ولو كان ما يقع عليه الصلح بدلًا عن العبد المغصوب لجاز؛ لأن الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنًا وبمقابلة القيمة يكون مبيعًا.

والثانية: أنه لو صالح من الدية على أكثر من ألف دينار أو أكثر من عشرة آلاف درهم لا يجوز.

والثالثة: أنه إذا قضى القاضي بالشفعة للشفيع بأكثر من الثمن الذي اشترى به المشتري ورضي به الشفيع لا يجوز؛ لما أن العوض تقدر شرعًا بما أعطى المشتري فلم تجز الزيادة عليه، فكذا هنا.

والرابعة: هي أن ما وقع عليه الصلح إذا كان ممكنـًا جعله بمقابلة عين المغصوب حين كان قائمًا، وليس بممكن أصلًا جعله بمقابلته حين كان مستهلكـًا، ألا ترى أنه لم يجعل كذلك في حق صحة البيع، حتى أنه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب

الْمُقَوِّمِينَ فَلَا تَظْهَرُ الزِّيَادَةُ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ حَقَّهُ فِي الهَالِكِ بَاقٍ حَتَّى لَوْ كَانَ عَبْدًا وَتَرَكَ أَخْذَ القِيمَةِ يَكُونُ الكَفَنُ عَلَيْهِ أَوْ حَقُّهُ فِي مِثْلِهِ صُورَةً وَمَعْنًى، لِأَنَّ ضَمَانَ العُدْوَانِ بِالمِثْلِ،

لا يجوز، حيث لم يجعل في حق صحة البيع منه بمنزلة القائم حكماً، فكيف يجعل في حق الصلح بمنزلة القائم؟ مع أن للصلح في الأموال حكم البيع؟

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأول: وهو أنه إذا صالحه على طعام موصوف في الذمة مؤجلًا له لا يجوز؛ لأن الطعام بدل عن القيمة ولكنه بدل عن العبد، إلا أن العبد المستهلك أو الثوب المستهلك لا يوقف على أثره، وما لا يوقف على أثره يكون في حكم الدين والدين بالدين حرامٌ، ألا ترى أنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالًا وقبضه في المجلس جاز، ولو كان ذلك بدلًا عن القيمة لا يجوز؛ لأن الطعام إذا قوبل بالدراهم يكون مبيعًا، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز بطريق السلم.

وأمَّا الجواب عن مسألة الدية: فإنه إنما جعل ما وقع عليه الصلح بمقابلة الدية؛ لأنه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول.

وأمَّا في مسألة الشفعة: فالمشتري مجبور على إزالة الملك إلى الشفيع ببدل مقدر وهو الثمن فلا يمكن التغيير.

وأمَّا الجواب عن المسألة الرابعة: فإنما لا يجوز ابتداءً البيع من الغاصب بعد الهلاك؛ لأن البيع تمليك مال متقوم بمال وبعد الهلاك ليس بمال، وأمَّا الصلح فيمكن تصحيحه بطريق إسقاط الملك، وما يأخذ من العوض يكون بإزاء إسقاط الملك، وصحة الإسقاط لا تستدعي المالية والتقوم، فلذلك صح الصلح بعد الهلاك ولم يصح البيع، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: أَوْ حَقُّهُ فِي مِثْلِهِ صُورَةً وَمَعْنًى؛ لأن ضمان العدوان بالمثل، والمثل من كل وجه للشيء هو المثل له صورة ومعنًى، حتى إن عند مالك رحمه الله بقي ذلك، فإن عنده يجب المثل صورةً ومعنًى في ذوات القيم فكان إيجاب القيمة مجتهدًا فيه.

وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى القِيمَةِ بِالقَضَاءِ فَقَبْلَهُ إِذَا تَرَاضَيَا عَلَى الأَكْثَرِ كَانَ اعْتِيَاضًا فَلَا يَكُونُ رِبًا، بِخِلَافِ الصُّلْحِ بَعْدَ القَضَاءِ لِأَنَّ الحَقَّ قَدْ انْتَقَلَ إِلَى القِيمَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ فَصَالَحَهُ الآخَرُ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ فَالفَضْلُ بَاطِلٌ) وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِمَا بَيَّنَّا. وَالفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ القِيمَةَ فِي العِتْقِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا وَتَقْدِيرُ الشَّرْعِ لا يَكُونُ دُونَ تَقْدِيرِ القَاضِي فَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، وَبِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهَا (وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى عُرُوضٍ جَازَ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لا يَظْهَرُ الفَضْلُ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَالفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ القِيمَةَ فِي العِتْقِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من أعتق شقصًا من عبدٍ بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه، فيضمن إن كان موسرًا أو يسعى العبد» وقد مرَّ في العتاق.

وذكر في «المبسوط»: وليس هذا كضمان العتاق؛ لأن هذا الساكت غير متمكن من استدامة الملك في نصيبه، ولكنه يجبر على إزالته شرعًا، إمَّا إلى العتق بالضمان أو إلى العبد بالاستسعاء، وقد يقدر البدل بنصف القيمة فلا يملك الزيادة على ذلك؛ لأن فيه تعيين ما استحق عليه شرعًا، وهاهنا هو غير مخيَّر على إزالته لا محالة، بل هو متمكن من أن يبرأ الغاصب عن الضمان لكون الهلاك في ملكه، والله تعالى أعلم.

بَابُ التَّبَرُّعِ بِالصُّلْحِ وَالتَّوْكِيلِ بِهِ

قَالَ: (وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِالصُّلْحِ عَنْهُ فَصَالَحَ لَمْ يَلْزَمْ الوَكِيلَ مَا صَالَحَ عَنْهُ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ، وَالمَالُ لَازِمٌ لِلْمُوَكِّلِ) وَتَأْوِيلُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ أَوْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ بَعْضِ مَا يَدَّعِيهِ مِنَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ مَحْضٌ فَكَانَ الوَكِيلُ فِيهِ

باب التبرُّع بالصلح والتوكيل به

لمَّا كان تصرف المرء لنفسه أصلًا قدمه على التصرف لغيره، وهو المراد بالتبرع بالصلح؛ لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرع.

قوله: وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِالصُّلْحِ عَنْهُ فَصَالَحَ لَمْ يَلْزَمْ الوَكِيلَ مَا صَالَحَ عَنْهُ، أي: عن الموكل، وفي «شرح الأقطع»: ما صالح عليه، أي: على الموكل.

قوله: وَالمَالُ لَازِمٌ لِلْمُوَكِّلِ، وفي «شرح الأقطع»: والمال لازم على الموكل، أي: المال لازم على الموكل قبل أن يضمنه الوكيل، وأمَّا إذا ضمنه الوكيل فالمال على الوكيل؛ لأنه ضمنه فيجب على الضامن ما ضمن كما في الخلع.

قوله: وَتَأْوِيلُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ - حتى يكون إسقاطًا، أي: تأويل أن المال غير لازم على الوكيل في هذه الصورة - أَوْ كَانَ الصُّلْحُ عَلَى بَعْضِ مَا يَدَّعِيهِ مِنَ الدَّيْنِ، حتى يكون إسقاطًا لبعض الدين، وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكتفي لتأويل المسألة، فإن فيه قيدًا آخر وهو: أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء، وإن كان الصلح في المعاوضات؛ لأنه ذكر في «المبسوط» في باب الصلح

سَفِيرًا وَمُعَبِّرًا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ كَالوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ هُوَ مُؤَاخَذٌ بِعَقْدِ الضَّمَانِ لا بِعَقْدِ الصُّلْحِ، أَمَّا إذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ فَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إِلَى الوَكِيلِ فَيَكُونُ المُطَالَبُ بِالمَالِ هُوَ الوَكِيلُ دُونَ المُوَكِّلِ.

في العقار: ولو ادعى رجل في دار رجل حقًّا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره، إلى أن قال: ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمنه للذي صالحه؛ لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق، فيكون بمنزلة الطلاق بجعل، والعفو عن القصاص بمال، وذلك جائز مع الأجنبي كما يجوز مع الخصم، إلا أن الأجنبي إن ضمن المال فهو عليه بالالتزام، ولا يدخل في ملكه بإزاء ما التزم شيء؛ لأن المسقط يكون متلاشيًا ولا يكون داخلًا في ملك أحد، وإن لم يضمن لم يلزمه المال بمطلق العقد، ولكن إن كان الصلح بأمر المدعى عليه فالمال عليه، أي: على المدعى عليه؛ لأن الأجنبي معبِّر عنه، ألا ترى أنه لا يستغنِي عن إضافة العقد إليه، وإن كان بغير أمره فهو موقوف على إجازته؛ لأن المال لم يجب على المصالح، ولا يمكن إيجابه على المدعى عليه بغير رضاه، والمدعي لم يرض بسقوط حقه إلا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه.

فإن قلتَ: فعلى ما ذكرتَ من رواية «المبسوط» بأن الصلح لا يستغنِي عن إضافة العقد إلى المدعى عليه، كان ينبغي أن يكون الصلح نظير النكاح في الأمر بالصلح وليس كذلك، فإن الأمر بالنكاح لا يكون أمرًا بالضمان، حتى أن المأمور بالنكاح مطلقاً لو زوج المرأة الآمر وأدَّى المهر لا يرجع به على الآمر لما قلنا، وأمَّا إذا أمر المدعى عليه رجلًا بالصلح فكان أمرًا بالضمان حتى يرجع المأمور بما أدَّى من بدل الصلح على المدعى عليه، وكذلك في الخلع حتى أن مأمور المرأة بالخلع إذا ضمن بدل الخلع أو أدَّى يرجع به على المرأة.

قلتُ: ذكر الفرق بين هذه المسائل على هذا الطريق في «شرح الطحاوي» فقال: الآمر بالصلح آمر بالضمان وكذلك الخلع، بخلاف النكاح فإن الآمر بالنكاح لا يكون آمرًا بالضمان حتى ظهر أثرهما في الرجوع وعدم الرجوع، والفرق بينهما أن الخلع يجوز على المرأة بغير أمرها، ألا ترى أن الفضولي لو قال للزوج: اخلع امرأتك على مائة من مالي،

قَالَ: (وَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ عَنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِنْ صَالَحَ بِمَالٍ وَضَمِنَهُ تَمَّ الصُّلْحُ) لِأَنَّ الحَاصِلَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَيْسَ إِلَّا البَرَاءَةَ وَفِي حَقِّهَا هُوَ وَالأَجْنَبِيُّ

فخلع جاز، فلمَّا كان الخلع يجوز على المرأة بغير أمرها ففائدة أمرها الرجوع عليها بالضمان الذي وجب، وكذلك الأمر بالصلح أمر بالضمان لهذا المعنى، وأمَّا النكاح فلا يجوز على الرجل بغير أمره، ففائدة أمره جواز النكاح لا ثبوت الرجوع، فلذلك اختلفا.

قوله: وَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ عَنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ، فوجه الإنحصار ظاهرٌ، وهو أن الفضولي عند الصلح على المال لا يخلو: إما أن قرن بالمال ضمان نفسه أم لا؟ فإن قرن فهو الوجه الأول، وإن لم يقرن فلا يخلو: إما أن أضاف ذلك المال إلى نفسه أم لا؟ فإن أضاف فهو الوجه الثاني، وإن لم يضف فلا يخلو: إما أن يسلم ذلك المال المذكور في الحال أم لم يسلم، فإن سلم فهو الوجه الثالث وإلا فهو الوجه الرابع.

ولكن يرد في هذا وجهان آخران: وهو أن المال المذكور الخالي عن الإضافة لا يخلو: إما أن كان ذلك المال ذكر معرفًا أو منكرًا، وكل واحد منهما هل قرن به التسليم أم لا؟ فذكر وجهي حكم المنكر وبقي وجهًا حكم المعرّف، ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر، فبقى حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره المصنف رحمه الله **بقوله:** قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ صَالَحْتُكَ عَلَى هَذِهِ الأَلْفِ.

قوله: إِنْ صَالَحَهُ بِمَالٍ وَضَمِنَهُ تَمَّ الصُّلْحُ، يعنِي: إذا كان الصلح بغير أمر المدعى عليه فالحال لا يخلو: إما أن أضاف الفضولي الضمان إلى نفسه أم لا، فإن أضاف الضمان إلى نفسه فالضمان لازم عليه من قبل أن الصلح يصح بطريق الإسقاط، والساقط يتلاشى وينعدم فاستوى فيه الفضولي والمدعى عليه، وصلح أن يكون أصلًا في الضمان إذا أضاف الضمان إلى نفسه، كالزوج إذا خالعت امرأته مع أجنبي وضمن ذلك الأجنبي كان بدل الخلع عليه، وكان أصلًا في هذا الضمان ويصير متبرعًا على المدعى عليه بإسقاط الخصومة عنه، كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ عنه، وأمَّا إذا لم يضف الضمان إلى نفسه بل صالح على مال مطلقًا ولم يقل: على أنِّي ضامنٌ فالصلح موقوفٌ، فإن أجازه المطلوب جاز ولزمه المال، وإن رد بطل؛

سَوَاءٌ فَصُلْحٌ أَصِيلًا فِيهِ إِذَا ضَمِنَهُ، كَالفُضُولِيِّ بِالخُلْعِ إِذَا ضَمِنَ البَدَلَ وَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ وَلَا يَكُونُ لِهَذَا المُصَالِحِ شَيْءٌ مِنَ المُدَّعَى، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ بِطَرِيقِ الإِسْقَاطِ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ مُقِرًّا أَوْ مُنْكِرًا.

لأن الأصل في العقد أن يكون مع المدعى عليه؛ لأن النفع يحصل له، وإنما يصير الفضولي أصلًا في هذا العقد إذا أضاف الضمان إلى نفسه، فإذا لم يضف بقي عاقدًا من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته، كذا في «الإيضاح».

وقوله: كَالفُضُولِيِّ فِي الْخُلْعِ، أي: من جانب المرأة، **وقوله:** يَكُونُ مُتَبَرِّعًا، بالواو يدل عليه ما ذكرنا من رواية «الإيضاح».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ - أي: لا يكون متبرعًا على المدعى عليه حينئذٍ - وَلَا يَكُونُ لِهَذَا المُصَالِحِ شَيْءٌ مِنَ المُدَّعَى، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ، أي: لا يصير الدين المدعى به ملكـًا للمصالح، وإن كان المدعى عليه مقرًّا بالدين، أي: لا يجعل المصالح مشتريـًا المدعى به من المدعي بهذا الصلح وإن كان المدعى عليه مقرًّا، فرق بين هذا وبين ما لو كان المدعى به عينـًا والمدعى عليه مقرًّا فإنه يصير مشتريـًا لنفسه متى كان بغير أمره؛ وذلك لأن العين يصح شراؤه من المالك وإن كان في يد غيره، وأمَّا شراء الدين من صاحبه لا يجوز من غير المديون؛ لأنه حينئذٍ يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو لا يجوز.

قوله: لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ بِطَرِيقِ الإِسْقَاطِ، أي: دون المبادلة، فإذا سقطَ فلم يبق شيء فأي شيء يثبت له بعد ذلك.

قوله: وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا، أي: في أنه لا يملك الدين المدعى به، أمَّا إذا كان منكرًا فظاهر؛ لأن في زعم المدعى عليه أنه لا شيء عليه، وزعم المدعي لم يتعد إليه، أمَّا إذا كان مقرًّا بالدين وبالصلح كان ينبغي أن يصير المصالح مشتريًا ما في ذمته بما أدَّى، إلا أن شراء الدين إذا كان من غير المديون كان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين، فلذلك لا يصح

(وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ صَالَحْتُكَ عَلَى أَلْفَيْ هَذِهِ أَوْ عَلَى عَبْدِيَ هَذَا صَحَّ الصُّلْحُ وَلَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى مَالِ نَفْسِهِ فَقَدِ التَزَمَ تَسْلِيمَهُ فَصَحَّ الصُّلْحُ (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ عَلَيَّ أَلْفٌ وَسَلَّمَهَا)؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَيْهِ يُوجِبُ سَلَامَةَ العِوَضِ لَهُ فَيَتِمُّ العَقْدُ لِحُصُولِ مَقْصُودِهِ (وَلَوْ قَالَ صَالَحْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فَالعَقْدُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ أَجَازَهُ المُدَّعَى عَلَيْهِ جَازَ وَلَزِمَهُ الأَلْفُ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ بَطَلَ)؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِي العَقْدِ إِنَّمَا هُوَ المُدَّعَى عَلَيْهِ لِأَنَّ دَفْعَ الخُصُومَةِ حَاصِلٌ لَهُ، إِلَّا أَنَّ الفُضُولِيَّ يَصِيرُ أَصِيلًا بِوَاسِطَةِ إِضَافَةِ الضَّمَانِ إِلَى نَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُضِفْهُ بَقِيَ عَاقِدًا مِنْ جِهَةِ المَطْلُوبِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ صَالَحْتُكَ عَلَى هَذِهِ الأَلْفِ أَوْ عَلَى هَذَا العَبْدِ وَلَمْ يَنْسُبْهُ إِلَى نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عَيَّنَهُ لِلتَّسْلِيمِ صَارَ شَارِطًا سَلَامَتَهُ لَهُ

شراؤه لنفسه.

قوله: وَلَوْ قَالَ صَالَحْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فَالعَقْدُ مَوْقُوفٌ، هذا اختيار بعض المشايخ، وقال بعضهم: بل ينفذ هاهنا على المصالح، وإنما التوقف في قوله: صالح فلانـًا، على ما يذكر بعد هذا.

قوله: إِلَّا أَنَّ الفُضُولِيَّ يَصِيرُ أَصْلًا بِوَاسِطَةِ إِضَافَةِ الضَّمَانِ إِلَى نَفْسِهِ، والدليل على أنه صار أصلًا في صورة الضمان، فإنه يجبر على الأداء كما يجبر الأصيل فقال في «المبسوط»: ولو صالحه على دراهم وضمنها ثم قال: لا أؤديها أجبرته على أن يؤديها؛ لأنه التزم بالضمان والزعيم غارم، وشرط على نفسه أن يؤدي المال والوفاء بالشرط لازم، خصوصًا إذا كان الشرط في عقد لازم، ولو لم يكن ضمنها لم يكن عليه شيء، ولكن الصلح موقوف على قبول المدعى عليه، فإن قبل لزمه المال وإن رد فالصلح باطل.

قوله: قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ صَالَحْتُكَ عَلَى هَذِهِ الأَلْفِ، إلى آخره، وفيه أوجه أخر غير ما ذكر في الكتاب، قال في «الذخيرة»: إذا صالح الرجل

فَيَتِمُّ بِقَوْلِهِ. وَلَوِ اسْتَحَقَّ العَبْدَ أَوْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ فَلا سَبِيلَ لَهُ عَلَى المُصَالِحِ؛ لِأَنَّهُ التَزَمَ الإِيفَاءَ مِنْ مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ وَلَمْ يَلْتَزِمْ شَيْئًا سِوَاهُ، فَإِنْ سَلِمَ المَحَلُّ لَهُ تَمَّ الصُّلْحُ، وَإِنْ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ. بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى دَرَاهِمَ مُسَمَّاةٍ وَضَمِنَهَا وَدَفَعَهَا ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ أَوْ وَجَدَهَا زُيُوفًا حَيْثُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ جَعَلَ نَفْسَهُ أَصِيلًا فِي حَقِّ الضَّمَانِ وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ، فَإِذَا لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ مَا سَلَّمَهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِبَدَلِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

عن المدعى عليه بغير أمره لا يخلو: إما أن قال المصالح للمدعي: صالح فلانًا على ألف درهم من دعواك على فلان، وفي هذا الوجه يقف الصلح على إجازة المدعى عليه ولا ينفذ لا على المصالح ولا على المدعى عليه، وإن رد المدعى عليه بطل وإن أجاز جاز وكان المطالب بالمال هو المدعى عليه.

وأما إن قال المصالح: صالحني، وفي هذا الوجه ينفذ الصلح على المصالح، وكذلك إذا قال: صالح فلانًا على ألف من مالي، وكذلك: صالح فلانًا على ألف على أني ضامن، ففي هذه الأوجه الثلاثة ينفذ الصلح على المصالح ولا يرجع بالمال على المدعى عليه ولا يصير المدعى به ملكـًا له، وأمَّا إذا قال: صالحتك على ألف درهم، ولم يزد على هذا اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: هو نظير قوله صالحني، وقال بعضهم: هو نظير قوله: صالح فلانًا، هذا إذا صالح المدعي بغير أمر المدعى عليه.

وأمَّا إذا صالحه بأمر المدعى عليه وهو أيضـًا على وجوه، هذا كله فيما إذا كان المدعى عليه منكرًا لدعوى المدعي، وأمَّا إذا كان مقرًّا فهو أيضـًا على وجهين: إما أن صالح المصالح بأمره أو بغير أمره، وتلك الأوجه المذكورة في صورة الإنكار تجيء هاهنا أيضـًا.

قوله: وَلَمْ يَلْتَزِمْ شَيْئًا سِوَاهُ؛ لأنه متبرع بالتزام دفع هذا المعين، فلو قلنا بإلزام شيء آخر كان إلزامًا عليه شيئـًا لم يلتزمه، وذلك لا يجوز على المتبرع، ولهذا لو وهبَ شيئـًا لم يجبر على تسليمه؛ لأن التسليم تبرع آخر وهو لم يلتزمه فلا يلزم، والله تعالى أعلم.

بَابُ الصُّلْحِ فِي الدَّيْنِ

قَالَ: (وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ، وَإِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ وَأَسْقَطَ بَاقِيَهُ، كَمَنْ لَهُ

باب الصلح في الدين

لمَّا ذكر حكم الصلح من عموم الدعاوي، ذكر في هذا الباب حكم صلح الخاص من الدعوى وهو دعوى الدين؛ لأن الخصوص أبدًا يكون بعد العموم.

قوله: وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ - أي: وكل شيء هو بدل الصلح - وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ، أي: بدل الصلح من جنس الذي استحقه المدعي على المدعى عليه، يعني: ما وقع عليه الصلح من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بالعقد الذي جرى بينهما بطريق المداينة وهي البيع بالدين، صورته: باع ثوبًا معينًا مثلًا بعشرة دراهم وافترقا من غير قبض الدراهم من غير ذكر الأجل ثم تصالحا على خمسة دراهم فإنه يجوز، وإن افترقا من غير قبض بدل الصلح الذي هو خمسة دراهم؛ لأن هذا الصلح محمول عَلَى أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ وَأَسْقَطَ بَاقِيَهُ، وإنما قيَّدنا بقولنا من غير ذكر الأجل، فإنه لو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز على ما يجيء في الكتاب، وإنما حمل هذا على الإسقاط دون المبادلة؛ لأن مبادلة العشرة بالخمسة لا تجوز، فيكون مقسطًا بعض الحق بغير عوض، وذلك صحيح مع ترك القبض فيما بقي، كذا في «المبسوط».

ثم إنما ذكر عقد المداينة مع أن الحكم في الغصب كذلك حملًا لأمر المسلم على الصلاح، فكان هذا نظير قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها».

عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، وَكَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفٌ جِيَادٌ

ثم اعلم أن فائدة الحمل على استيفاء البعض وإسقاط البعض لا على المعاوضة إنما يظهر في ثلاث مسائل:

إحداها: في القدر كما إذا صالح ألفًا على خمسمائة، فلو كان معاوضة لما جاز مثل هذا الصلح لكونه ربًا.

والثانية: في الأجل حتى إذا صالح ألفًا حالةً على ألف مؤجلة جاز، ولو كان معاوضة لما جاز.

والثالثة: في نفس نقد البعض وإن كان من جنس ما يستحق بعقد المداينة؛ لأن فيه شبهة الربا؛ لأن للنقد زيادة مزية على النسيئة وهو فيما ذكره في الكتاب **بقوله: وَلَوْ كَانَتْ لَهُ أَلْفٌ مُؤَجَّلَةٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ حَالَةً لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ المُعَجَّلَ خَيْرٌ مِنَ المُؤَجَّلِ**، والتعجيل ليس بمستحق بالعقد فكان التعجيل بإزاء ما حطَّ، وهو معاوضة معنًى فلا يجوز، وهاهنا ينبغي أن يراد في لفظ الرواية قيد آخر وهو أن يقال: **وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ المُدَايَنَةِ** - ولا يمكن حمله على بيع الصرف - **لَمْ يُحْمَلْ عَلَى المُعَاوَضَةِ**، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه إذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة، وإن كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر، إن كان مؤجلًا يبطل الصلح وإلا فلا، ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بختية إلى أجل لا يجوز، والبختية اسم لما هو أجود من السود ولكن كل واحد منهما من جنس الدراهم، وإنَّما لم تجز في هذه الصورة؛ لأن هذه مصارفة إلى أجل؛ لأنَّهما قصدا أن تصير الجودة للطالب وذلك صرف، أي: فضل، لا يكون إلا بعد الصرف، والصرف إلى أجل باطل، بخلاف ما إذا لم يكن للبختية صرف على السود فإنه يجوز هذا الصلح؛ لأنه حينئذٍ لم يكن هذا العقد مصارفة بل كان تأجيلًا لما عليه فيجوز، ألا ترى أنه لو صالحه ألف درهم سود على ألف درهم سود إلى أجل يجوز، كذا في «الذخيرة».

وذكر فيها جنس هذه المسائل فقال: وهي على أربعة أوجه:

فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ زُيُوفٍ جَازَ وَكَأَنَّهُ أَبْرَأَهُ عَنْ بَعْضِ حَقِّهِ) وَهَذَا لِأَنَّ تَصَرُّفَ العَاقِلِ يَتَحَرَّى تَصْحِيحَهُ مَا أَمْكَنَ، وَلا وَجْهَ لِتَصْحِيحِهِ مُعَاوَضَةً لِإِفْضَائِهِ إِلَى الرِّبَا فَجُعِلَ إِسْقَاطًا لِلْبَعْضِ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى وَلِلْبَعْضِ وَالصِّفَةِ فِي الثَّانِيَةِ (وَلَوْ صَالَحَ عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ جَازَ وَكَأَنَّهُ أَجَّلَ نَفْسَ الحَقِّ)؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً لِأَنَّ بَيْعَ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا نَسِيئَةً لا يَجُوزُ فَحَمَلْنَاهُ عَلَى التَّأْخِيرِ (وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ إِلَى شَهْرٍ لَمْ يَجُزْ)؛ لِأَنَّ الدَّنَانِيرَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ المُدَايَنَةِ فَلَا يُمْكِنُ

أحدها: هو الذي ذكرنا، وهو أن يصالح ألف درهم سود حال على ألف درهم بختية إلى أجل فإنه لا يجوز، وقد ذكرنا وجهه.

والثاني: عكسه في التأجيل، وهو أن يكون عليه ألف درهم سود مؤجل فصالحه على ألف درهم بختية حالة جاز إذا نقد البختية في المجلس؛ لأن هذه مصارفة بدين وجب قبل عقد الصرف وقد قبض بدله في المجلس.

والثالث: إذا كان عليه ألف درهم بختية حالة فصالحه على ألف درهم سود إلى أجل وهو جائز؛ لأن هذا من صاحب الدين إبراء عن الجودة وتأجيل للباقي، وكل ذلك جائز.

والرابع: إذا كان عليه ألف بختية مؤجلة فصالحه على ألف سودٍ حالة فإنه لا يجوز؛ لأنه اعتياض عن الأجل.

وقوله: يَتَحَرَّى، أي: يطلب؛ لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز؛ لأن ذلك بيع الدين بالدين؛ لأن كل ذلك من الدراهم ثابت في الذمة.

قوله: فَحَمَلْنَاهُ عَلَى التَّأْخِيرِ؛ لأن التأخير تصرُّف في حق نفسه لا في حق غيره.

قوله: وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ إِلَى شَهْرٍ لَمْ يَجُزْ، أي: سواء كان مقرًا أو جاحدًا؛ لأنه إن كان مقرًا كان هذا صرفًا بالنسيئة وذلك لا يجوز، وإن كان جاحدًا فلأن الصلح بناء على زعم المدعي، وفي زعمه أن هذا صرف بالنسيئة وذلك لا يجوز، وكذلك إذا صالحه منها على طعام في الذمة مؤجلًا أو غير مؤجل وتفرقا قبل القبض فهو باطل؛ لأن هذا افتراق عن دين

حَمْلُهُ عَلَى التَّأْخِيرِ، وَلا وَجْهَ لَهُ سِوَى المُعَاوَضَةِ، وَبَيْعُ الدَّرَاهِمِ بِالدَّنَانِيرِ نَسِيئَةً لا يَجُوزُ فَلَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ (وَلَوْ كَانَتْ لَهُ أَلْفٌ مُؤَجَّلَةٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ حَالَّةً لَمْ يَجُزْ)؛ لِأَنَّ المُعَجَّلَ خَيْرٌ مِنَ المُؤَجَّلِ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالعَقْدِ فَيَكُونُ بِإِزَاءِ مَا حَطَّهُ عَنْهُ، وَذَلِكَ اعْتِيَاضٌ عَنِ الأَجَلِ وَهُوَ حَرَامٌ (وَإِنْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ سُودٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ بِيضٍ لَمْ يَجُزْ)؛ لِأَنَّ البِيضَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ المُدَايَنَةِ وَهِيَ زَائِدَةٌ وَصْفًا فَيَكُونُ مُعَاوَضَةُ الأَلْفِ بِخَمْسِمِائَةٍ وَزِيَادَةِ وَصْفٍ وَهُوَ رِبًا.

بدين، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلا وَجْهَ لَهُ سِوَى المُعَاوَضَةِ؛ لأنه لمَّا لم يمكن حمله على التأخير وهو تصرف في حقه بإسقاط حق التعجيل؛ لما أن الدنانير غير مستحقه بعقد المداينة لا بدَّ أن يكون تصرفه مشتملًا على حق الغير مع حق نفسه وهو المعاوضة؛ إذ التصرف في الديون في مسائل الصلح لا يخلو عن أحد هذين الوجهين، وهما: وجه الإسقاط ووجه المعاوضة، وفي التأخير معنى الإسقاط، فلمَّا لم يمكن حمله على ذلك حمل على المعاوضة.

قوله: وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالعَقْدِ، أي: المعجل لم يكن مستحقًّا له بل المؤجل كان مستحق العقد، فإذا صالح على مال موصوف بصفة، وفي تلك الصفة نفع للمدعي كان محمولًا على المعاوضة.

قوله: فَيَكُونُ بِإِزَاءِ مَا حَطَّهُ عَنْهُ، أي: فيكون تعجيل الخمسمائة التي كانت مؤجلة في الأصل بمقابلة الخمسمائة المحطوطة من الألف.

وذكر في «الإيضاح» في هذا وقال: لأن الذي أخذ أفضل ممَّا وجب له، فإن المعجل خير من المؤجل فتكون هذه الزيادة بإزاء ما حطَّ عنه.

وقوله: أَلْفٌ سُودٌ، المراد من السود هي الدراهم المضروبة من النقرة السوداء.

قوله: لِأَنَّ البِيضَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ المُدَايَنَةِ، فلم يمكن حمله على الإسقاط.

بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَنِ الأَلْفِ البِيضِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ سُودٍ حَيْثُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ كُلُّهُ قَدْرًا وَوَصْفًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ وَهُوَ أَجْوَدُ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المِثْلِ بِالمِثْلِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالصِّفَةِ إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَمِائَةُ دِينَارٍ فَصَالَحَهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ حَالَّةٍ أَوْ إِلَى شَهْرٍ صَحَّ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ أَنْ يُجْعَلَ إِسْقَاطًا لِلدَّنَانِيرِ كُلِّهَا وَالدَّرَاهِمِ إِلَّا مِائَةً وَتَأْجِيلًا

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَنِ الأَلْفِ البِيضِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ سُودٍ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ كُلُّهُ قَدْرًا وَوَصْفًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ وَهُوَ أَجْوَدُ، أي: بدل الصلح أجود من الدين فإنه يجوز وإن كان معاوضةً.

وذكر في «شرح الطحاوي»: ولو صالح عن حقه على أزيد من جهة الوصف يجوز الصلح، والقبض قبل الافتراق شرط، نحو أن يكون حقه ألف درهم نبهرجة فصالحه منها على ألف درهم بختية نقد بيت المال جاز الصلح، ولكن القبض قبل الافتراق شرط؛ لأنه صرف.

فإن قلتَ: ما الفرق بين المسألتين؟ ففي المسألة الأولى معاوضة لم يجز الصلح، وهاهنا أيضاً معاوضة جاز الصلح.

قلتُ: الأصل في جنس هذه المسائل هو ما ذكره في أول هذا الفصل، وهو أن ما وقع عليه الصلح إن كان مستحقًا بعقد المداينة قدرًا ووصفًا لم يحمل على المعاوضة، وإن لم يكن مستحقًا من حيث القدر أو الوصف يحمل على المعاوضة، فبعد ذلك ننظر لو لزم فيه الربا يبطل الصلح وإن وجد القبض في المجلس وإن لم يلزم فيه الربا، بل يلزم عقد الصرف وبه لا يبطل الصلح، ولكن يشترط فيه بدل الصلح في المجلس.

ففي المسألة الأولى: وهي ما إذا صالح فيه ألفاً سودًا على خمسمائة بيض لزم الربا؛ وذلك لأن هذا الصلح باعتبار صفة الجودة في بدل الصلح كان معاوضة؛ لأن الجيد لم يكن مستحقًا بعقد المداينة، ولكن المدعى به وبدل الصلح كلاهما من جنس واحد فتعتبر فيه المساواة في القدر، فبطل الصلح لفوات المساواة في القدر.

لِلْبَاقِي فَلَا يُجْعَلُ مُعَاوَضَةً تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ أَوْ لِأَنَّ مَعْنَى الإِسْقَاطِ فِيهِ أَلْزَمُ.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ أَدِّ إِلَيَّ غَدًا مِنْهَا خَمْسَمِائَةٍ عَلَى أَنَّك بَرِيءٌ مِنَ الفَضْلِ فَفَعَلَ فَهُوَ بَرِيءٌ، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ الخَمْسَمِائَةِ غَدًا عادَ عَلَيْهِ الأَلْفُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا يَعُودُ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ جَعَلَ أَدَاءَ الخَمْسِمِائَةِ عِوَضًا حَيْثُ ذَكَرَهُ بِكَلِمَةِ عَلَى وَهِيَ لِلْمُعَاوَضَةِ، وَالأَدَاءُ لا

وفي المسألة الثانية: وهي ما إذا صالح ألفاً على ألف أجود منه لم يبطل الصلح وإن كان هو معاوضة؛ لأنه لم يلزم الربا إلا أن ذلك بيع صرف مع مساواة القدر في البدلين، فصح بيع الصرف وصح الصلح بناءً عليه.

وذكر في «الإيضاح»: والأصل في هذا أنه إذا كان الذي يستوفيه أدون من حقه فهو إسقاط، وإذا كان أزيد قدرًا أو وصفًا أو ما هو بمعنى الزيادة كتعجيل المؤجل فإنه يعتبر معاوضة؛ لأن هذه الزيادة غير مستحقة له فلا يمكن أن تجعل استيفاء فتعتبر معاوضة.

قوله: أَوْ لِأَنَّ مَعْنَى الإِسْقَاطِ فِيهِ أَلْزَمُ؛ لأن الصلح ينبئ عن الحطيطة، والحط هنا ألزم فيكون الإسقاط ألزم.

قوله: وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، وذكر في شروح «الجامع الصغير» من البزدوي، وقاضي خان، والمحبوبي: ألف درهم حالّة.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَعُودُ عَلَيْهِ، أي: برئ عن الباقي سواء دفع إليه خمسمائة في الغد أو لم يدفع، قال: لأنه شرط ضائع؛ لأن النقد واجب عليه اليوم وغدًا؛ لأن المال حال، بخلاف ما إذا قال: فإن لم ينقد فلا صلح بيننا؛ لأنه مفيد وهو تعليق النسخ بعدم النقد، ألا ترى أنَّ من باع متاعًا بخمسمائة على أن يعجلها اليوم فلم يعجل لا يبطل البيع، ولم يكن الشرط معتبرًا وقال: إن لم ينقده اليوم أو إلى يوم أو إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا، كان معتبرًا كما شرط.

ولهما أن كلام العاقل محمول على الفائدة والصحة، ولو حمله على الاشتراط لا يصح

يَصِحُّ عِوَضًا لِكَوْنِهِ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فَجَرَى وُجُودُهُ مَجْرَى عَدَمِهِ فَبَقِيَ الإِبْرَاءُ مُطْلَقًا فَلَا يَعُودُ كَمَا إِذَا بَدَأَ بِالإِبْرَاءِ وَلَهُمَا أَنَّ هَذَا إِبْرَاءٌ مُقَيَّدٌ بِالشَّرْطِ فَيَفُوتُ بِفَوَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ بَدَأَ بِأَدَاءِ الخَمْسِمِائَةِ فِي الغَدِ وَأَنَّهُ يَصْلُحُ غَرَضًا حِذَارَ إِفْلَاسِهِ وَتَوَسُّلًا إِلَى تِجَارَةٍ

لما قال: فيجعل مجازًا عن تعليق انتقاض البراءة لعدم التعجيل، أو يجعل مجازًا عن اشتراط الخيار في الصلح، ولو صرح بذلك يصح كما في الوجه الثانِي الذي يجيء في الكتاب، فكذلك هاهنا، بخلاف الوجه الثالث في الكتاب على ما يجيء، إلى هذا أشار في «الأسرار»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: وَالأَدَاءُ لا يَصِحُّ عِوَضًا لِكَوْنِهِ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ؛ لأنه في عين حقه فلا يصلح عوضًا؛ لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد منهما بالمعاوضة ما لم يكن استفادة قبل ذلك، كذا في «المبسوط» لشيخ الإسلام رحمه الله.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ هَذَا إِبْرَاءٌ مُقَيَّدٌ بِالشَّرْطِ فَيَفُوتُ بِفَوَاتِهِ، أي: مقيد بشرط أن يسلم له خمسمائة في الغد، فلما لم يسلم فات رضاه في الإبراء، فيفوت الإبراء بفوات الشرط المفيد.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: ولهما أن هذا حط بعوض وقد فات العوض فيه، فيبطل الحط كما لو حط بشرط أن يعطيه بالباقي رهنًا أو كفيلًا فلم يعطه، وبيان أن هذا حط بعوض أنه حط خمسمائة بشرط أن ينقد خمسمائة الغد، ونقد خمسمائة في الغد يصلح عوضًا عن الحط؛ لأن الطالب ينتفع بها كما هو المعروف، وما قال أبو يوسف رحمه الله: أن النقد لا يصلح عوضًا عن الحط؛ لأن النقد قبل الحط كان واجبًا، قلنا: النقد قبل الحط كان واجبًا في المداينة، وبعد الشرط جعل عوضًا عن الحط ليعتبر واجبًا مرَّة أخرى ليصير عوضًا عن الحط فيبطل الحط بفواته؛ إذ الثابت مرَّة يعتبر ثابتًا مرة أخرى إذا أفاد اعتباره ثابتًا مرة أخرى، بدليل أن من ظاهرَ من امرأته مرارًا صح؛ لما أن إثباته مرارًا يفيد شيئًا وهو وجوب الكفارة، فكذلك هاهنا النقد وإن كان واجبًا بحكم المداينة قبل الصلح إلا أنه يعتبر واجبًا مرَّة أخرى؛ لأنه يفيد إيجابه مرَّة أخرى ليصير عوضًا عن الحط فيبطل الحط بفواته.

فإن قيل: ما أشار إليه هاهنا من اعتباره واجبًا مرة أخرى ليصير عوضًا عن الحط موجود

أَرْبَحَ مِنْهُ، وَكَلِمَةُ عَلَى إِنْ كَانَتْ لِلْمُعَاوَضَةِ فَهِيَ مُحْتَمِلَةٌ لِلشَّرْطِ لِوُجُودِ مَعْنَى الْمُقَابَلَةِ فِيهِ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الحَمْلِ عَلَى المُعَاوَضَةِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ أَوْ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ، وَالإِبْرَاءُ مِمَّا يَتَقَيَّدُ بِالشَّرْطِ وَإِنْ كَانَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ،

فيما إذا قال: أبرأتك عن خمسمائة من الألف على أن يعطيني خمسمائة غدًا.

قلنا: قال صدر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير» عقيب التعليل لقولهما: أمَّا إذا قال: أبرأتك عن خمسمائة على أن تؤدِّي إليَّ خمسمائة ينبغي أن يكون الجواب هكذا أيضـًا، وفيه إشارة إلى أن للمنع مجالًا فيما إذا بدأ بالإبراء وثنى بالتقييد، ثم الفرق بينهما أنه متى بدأ بالإبراء فأداء الخمسمائة لا يصلح أن يكون عوضًا مطلقـًا، لكنه يصلح شرطـًا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به، بخلاف ما إذا بدأ بالأداء؛ لأن الإبراء حصل مقرونـًا به، فمن حيث أنه لا يصلح عوضـًا يقع مطلقـًا، ومن حيث أنه يصلح شرطـًا لا يقع مطلقـًا فلا يثبت الإطلاق بالشك.

قوله: فَهِيَ مُحْتَمِلَةٌ لِلشَّرْطِ لِوُجُودِ مَعْنَى الْمُقَابَلَةِ، يعني أن المعاوضة عبارة عن مقابلة الشيء بالشيء، وفي الشرط المقابلة موجودة؛ لأن فيه مقابلة الشرط بالجزاء فجاز أن يستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ، أي: ولأن مثل هذا الشرط متعارف في الصلح بأن يكون تعجيل البعض مقيدًا بإبراء الباقي، يعني أن لجواز استعمال مثل هذا الشرط في الصلح معنيين:

أحدهما: أن تكون كلمة المعاوضة وهي كلمة (على) مستعارة للشرط لوجود معنى المقابلة بين الشرط والجزاء.

والثاني: كون مثل هذا الشرط متعارفًا فيه.

قوله: وَالإِبْرَاءُ مِمَّا يَتَقَيَّدُ بِالشَّرْطِ وَإِنْ كَانَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ، ثم اعلم أن الفرق ثابت بين التقييد بالشرط والتعليق به لفظـًا ومعنًى.

أمَّا لفظـًا فهو أن في التقييد بالشرط لا يستعمل لفظ الشرط صريحًا، وفي التعليق بالشرط

....

يستعمل صريح لفظ الشرط كإن، وإذا، ومتى.

وأمَّا معنًى فإن في تقييد الإبراء بالشرط يحصل الإبراء في الحال بشرط وجود ما قيد به حتى أنه إذا لم يوجد المقيد يعود الدين، وأمَّا في تعليق الإبراء بالشرط لا يوجد الإبراء أصلًا في الحال؛ لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط؛ وذلك لأن التقييد بوقت بمنزلة الإضافة إلى ذلك الوقت والإضافات أسباب في الحال، بخلاف التعليق حتى إن من حلف لا يطلق امرأته فأضاف الطلاق إلى الغد وقال: أنت طالق غدًا، يحنث في يمينه، ولو علق طلاقه بمجيء الغد فقال: أنت طالق إذا جاء غد لا يحنث، وبيان ذلك مستقصى في «أصول الفقه» للإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، بعضه في بيان تقسيم السبب وبعضه في بيان تقسيم العلة.

ثم في مسألتنا هذه وهي ما إذا قال: أَدِّ إِلَيَّ غَدًا مِنْهَا خَمْسَمِائَةٍ عَلَى أَنَّك بَرِيءٌ مِنَ الفَضْلِ، لم يستعمل صريح لفظ الشرط، ولكن فيه معنى الشرط، فلذلك سميناه تقييدًا لا تعليقًا، وتقييد الإبراء بمعنى الشرط جائز، وتعليق الإبراء بالشرط لا يصح حتى لو قال لغريم أو كفيل: إذا أديت إليَّ خمسمائة، أو متى أديت إليَّ، أو إن أديت إليَّ فأنت بريء عن الباقي فهو باطل ولا يبرأ عن الباقي، وإن أدَّى إليه خمسمائة سواء ذكر لفظة الصلح أو لم يذكر؛ لأنه صرح بالتعليق فيبطل كما لو قال: إن دخلت الدار فقد أبرأتك، بخلاف مسألتنا فإنَّها صحت؛ لأنه لم يصرح فيها بالتعليق بل ذاك تقييد.

فإن قلتَ: ما المعنى في أن الإبراء لا يصح مع التعليق ويصح مع التقييد وإن كان فيه أيضـًا معنى التعليق.

قلتُ: المعنى فيه هو أن في الإبراء معنى الإسقاط ومعنى التمليك، أمَّا معنى الإسقاط فهو أن الإبراء عبارة عن إزالة حق شرعي له متعلق بالغير، فكان نظير الطلاق والعتاق وكذلك من حيث الحكم، فإن الإبراء لا يتوقف صحته إلى القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص.

وأمَّا معنى التمليك فيه فلأن الله تعالى سمَّى إبراء الدين التصدق في قوله تعالى: ﴿وَإِن

كَمَا فِي الحَوَالَةِ، وَسَتَخْرُجُ البُدَاءَةُ بِالإِبْرَاءِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَى وُجُوهٍ: أَحَدُهَا مَا ذَكَرْنَاهُ. وَالثَّانِي: إِذَا قَالَ صَالَحْتُكَ مِنَ الأَلْفِ

كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍۚ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، والتصدق عبارة عن تمليك المال، وكذلك من حيث الحكم فإن الإبراء يرتد بالرد كما في سائر التمليكات، ثم التمليك المحض فباطل تعليقه بالشرط كما في تعليق البيع والهبة لما فيه من شبهة القمار وأنه حرام، والإسقاط المحض جائز تعليقه من كل وجه كتعليق الطلاق والعتاق، ولما كان الإبراء مشابهة بهما جميعًا قلنا: إذا صرح بحرف التعليق لا يصح اعتبار الشبهة بالتمليك، وإذا لم يصرح بحرف التعليق الذي هو عبارة عن التقييد يصح اعتبار الشبهة بالإسقاط عملًا بالشبهتين وتوفيرًا لحظهما جميعًا بقدر الإمكان.

ولا يقال: إن إبراء الكفيل إسقاط محض حتى لا يرتد بالرد فوجب أن يصح تعليقه بالشرط.

لأنَّا نقول: إبراء الكفيل وإن كان إسقاطًا، إلا أنه لا يحلف به كإبراء الأصيل فصح تعليقه بشرط متعلق ولا يصح تعليقه بما ليس بمتعارف، وقد مرَّ نظيره في كتاب الكفالة، هذا كله ممَّا أفادني أستاذي رحمه الله، وإليه أشار في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله أيضًا.

قوله: كَمَا فِي الحَوَالَةِ، يعني: أن البراءة مما يتقيد كالحوالة فإنَّها تتقيد؛ لأن الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله، ووجدت بخط شيخي رحمه الله: يعني أن الحوالة تتقيد بشرط السلامة، حتى لو مات المحتال عليه مفلسًا يعود الدين إلى ذمة المحيل، فتكون صحة الحوالة مقيدة بشرط السلامة خصوصًا في الحوالة المقيدة، فإنه إذا أحال رجلًا على رجل من ثمن متاع باعه ثمَّ فسخا البيع عادت الحوالة إلى ذمة المحيل، فكانت الحوالة في تقييدها بشرط السلامة نظير مسألتنا في أن إبراء الخمسمائة مقيدة بشرط تسليم الخمسمائة في الغد.

قوله: وَسَتَخْرُجُ البُدَاءَةُ بِالإِبْرَاءِ، هذا عذر لما قاس عليه أبو يوسف رحمه الله **بقوله: كَمَا إِذَا بَدَأَ بِالإِبْرَاءِ**، والتخريج الذي وعده هو في **قوله: وَالثَّالِثُ: إِذَا قَالَ أَبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ مِنَ الأَلْفِ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الخَمْسَمِائَةِ غَدًا**، إلى آخره.

عَلَى خَمْسِمِائَةٍ تَدْفَعُهَا إِلَيَّ غَدًا وَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الفَضْلِ عَلَى أَنَّكَ إِنْ لَمْ تَدْفَعْهَا إِلَيَّ غَدًا فَالأَلْفُ عَلَيْكَ عَلَى حَالِهِ. وَجَوَابُهُ أَنَّ الأَمْرَ عَلَى مَا قَالَ لِأَنَّهُ أَتَى بِصَرِيحِ التَّقْيِيدِ فَيُعْمَلُ بِهِ. وَالثَّالِثُ: إِذَا قَالَ أَبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ مِنَ الأَلْفِ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الخَمْسَمِائَةِ غَدًا وَالإِبْرَاءُ فِيهِ وَاقِعٌ أَعْطَى الخَمْسَمِائَةِ أَوْ لَمْ يُعْطِ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ الإِبْرَاءَ أَوَّلًا، وَأَدَاءُ الخَمْسِمِائَةِ لا يَصْلُحُ عِوَضًا مُطْلَقًا وَلَكِنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي تَقْيِيدِهِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَتَقَيَّدُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَدَأَ بِأَدَاءِ خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّ الإِبْرَاءَ حَصَلَ مَقْرُونًا بِهِ، فَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لا يَصْلُحُ عِوَضًا يَقَعُ مُطْلَقًا، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا لا يَقَعُ

قوله: وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَى وُجُوهٍ، أي: وجوه خمسة، فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء بعض الدين لا يخلو إما أن بدأ بالأداء أم لا، فإن بدأ به فلا يخلو إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحًا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا، فإن لم يذكره فالوجه الأول، وإن ذكره فالوجه الثاني، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن بدأ بالإبراء أم لا، فإن بدأ فالوجه الثالث، وإن لم يبدأ بالإبراء فلا يخلو إما أن بدأ بحرف الشرط أم لا، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع، وإن بدأ فالوجه الخامس.

قوله: وَالإِبْرَاءُ فِيهِ وَاقِعٌ، أي: بالإجماع.

قوله: لِأَنَّهُ أَطْلَقَ الإِبْرَاءَ أَوَّلًا، وَأَدَاءُ الخَمْسِمِائَةِ لا يَصْلُحُ عِوَضًا؛ لأن العوض ما لا يكون حاصلًا له، وهاهنا أداء الخمسمائة حاصل له؛ ولأنه واجب عليه بدون إبراء بعضه.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله أن قوله: أَبْرَأْتُكَ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ، إبراء مطلقًا، فإنما يصير مقيدًا من حيث أنه جعل إعطاء الخمسمائة عوضًا عن الإبراء، وهو لا يصلح عوضًا إن كان يصلح شرطًا، فمن حيث أنه لا يصلح عوضًا لا يصير الإبراء مقيدًا، ومن حيث أنه يصلح شرطًا يصير مقيدًا فلا يصير مقيدًا بالشك.

قوله: فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي تَقْيِيدِهِ بِالشَّرْطِ، أي: في تقييد الإبراء.

مُطْلَقًا فَلا يَثْبُتُ الإِطْلَاقُ بِالشَّكِّ فَافْتَرَقَا. وَالرَّابِعُ: إِذَا قَالَ أَدِّ إِلَيَّ خَمْسَمِائَةٍ عَلَى أَنَّك بَرِيءٌ مِنَ الفَضْلِ وَلَمْ يُوَقِّتْ لِلْأَدَاءِ وَقْتًا.

وَجَوَابُهُ أَنَّهُ يَصِحُّ الإِبْرَاءُ وَلا يَعُودُ الدَّيْنُ لِأَنَّ هَذَا إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُوَقِّتْ لِلْأَدَاءِ وَقْتًا لا يَكُونُ الأَدَاءُ غَرَضًا صَحِيحًا لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي مُطْلَقِ الأَزْمَانِ فَلَمْ يَتَقَيَّدْ بَلْ يُحْمَلُ عَلَى المُعَاوَضَةِ وَلا يَصْلُحُ عِوَضًا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ الأَدَاءَ فِي الغَدِ غَرَضٌ صَحِيحٌ.

وَالخَامِسُ: إِذَا قَالَ إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ خَمْسَمِائَةٍ أَوْ قَالَ إِذَا أَدَّيْتَ أَوْ مَتَى أَدَّيْتَ. فَالجَوَابُ فِيهِ أَنَّهُ لا يَصِحُّ الإِبْرَاءُ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالشَّرْطِ صَرِيحًا، وَتَعْلِيقُ البَرَاءَاتِ بِالشُّرُوطِ بَاطِلٌ لِمَا فِيهَا مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ مَا أَتَى بِصَرِيحِ الشَّرْطِ فَحُمِلَ عَلَى التَّقْيِيدِ بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ لا أُقِرُّ لَك بِمَالِك حَتَّى تُؤَخِّرَهُ عَنِّي أَوْ تَحُطَّ عَنِّي فَفَعَلَ جَازَ عَلَيْهِ)؛

قوله: فَفَعَلَ - أي: أخَّر رب الدين دينَه عمن قال: هذا القول أو حط عن دينه شيئاً - **جَازَ عَلَيْهِ**، أي: جاز هذا التصرف وهو التأخير أو الحط على رب الدين، أي: نافذ ولازم عليه، حتى أنه بعد التأخير لا يتمكن من مطالبته في الحال، وفي الحط لا يتمكن من مطالبته بما حط أبدًا؛ لأنه ليس بمكره لإمكانه من إقامة البينة أو التحليف فينكل، وكذلك الصلح على الإنكار يجوز فكان التأخير أو الحط صادرًا عن رب الدين عن طوع واختيار صحيح فيلزم على رب الدين موجبة، غاية ما في الباب أن رب الدين مضطر في هذا التصرف من التأخير والحط؛ لأنه لو لم يفعل ذلك لا يقر.

قلنا: إن تصرف المضطر نافذ كتصرف غيره، ألا ترى أن من أصابته مجاعة فباع عينًا

لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُكْرَهٍ، وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ ذَلِكَ سِرًّا، أَمَّا إِذَا قَالَ عَلَانِيَةً يُؤْخَذُ بِهِ.

من أعيان ماله بطعام ليأكله كان تصرفه نافذًا وإن كان مضطرًّا فيه، وكذلك إذا أخَّر أو حط مضطرًّا، إلى هذا أشار الإمام المرغيناني والمحبوبي رحمهما الله في شرح «الجامع الصغير».

قوله: يُؤْخَذُ بِهِ، أي: يؤخذ المقر بالمال في الحال، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِي الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى ثَوْبٍ فَشَرِيكُهُ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ اتَّبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِصِفَةٍ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ،

فصل في الدَّين المشترك

أخَّر بيان حكم الدين المشترك عن حكم الدين المفرد؛ لما أن الاثنين يتلوان الواحد أبدًا.

قوله: وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، إلى آخره، وإنما وضع المسألة في الدين؛ لأن دعوى شركة الرجلين إذا كانت في دار فصالح أحدهما على شيء لم يشركه الآخر فيه.

وقد ذكر في باب الصلح في الغصب من صلح «المبسوط»: ولو أن رجلين ادعيا في دار دعوى ميراث عن أبيهما فصالح رب الدين أحدهما على مال لم يشركه الآخر فيه إن كان المصالح منكرًا أو مقرًّا؛ لأنَّهما يتصادقان على أن المدعى ملكهما، فإن المصالح بائع لنصيبه وتصادقهما يكون حجة في حقهما.

وذكر هذه المسألة في آخر صلح «فتاوى قاضي خان» رحمه الله، وذكر هذا الحكم ولكن فيه: إذا كان المدعى عليه منكرًا، أو قال رجلان ادعيا أرضًا أو دابة في يد رجل وقالا: هي لنا ورثناها من أبينا، فجحد الذي في يده فصالحه أحدهما عن حصته على مائة درهم فأراد الابن الآخر أن يشاركه في المائة لم يكن له أن يشاركه؛ لأن الصلح معاوضة في زعم المدعي فداء عن اليمين في زعم المدعى عليه، فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة في بدل الصلح بالشك فصالح أحدهما من نصيبه، قيَّد بالمصالح من نصيب أحدهما؛ لأنه إذا اشترى أحد منهما بنصيبه سِلعة لم يشركه الآخر فيها على ما يجيء في الكتاب.

إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ)،

وقيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقابض بقوله: إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ.

ونصَّ في «المبسوط» على أن الخيار للقابض في الصلح على الثوب، وأمَّا إذا صالح على نصيبه من جنس حقه من الدراهم أو الدنانير، أو أخذ نصيبه من هذين الجنسين من المديون ليس الخيار للقابض وإنَّما الخيار لشريكه، وقال في «المبسوط»:

وكل عرض بين رجلين غصبه رجل واستهلكه ثم صالحه أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كان لشريكه أن يشاركه فيها؛ لأن الواجب بعد الاستهلاك القيمة وهي مشتركة بينهما، فإنَّها وجبت بسبب واحد وهو الغصب عوضاً عمَّا هو مشترك بينهما وهو المغصوب فيكون مشتركاً بينهما، كما لو باعا من واحد بثمن واحدٍ وأحد الشريكين في الدين إذا استوفى نصيبه كان للآخر أن يشاركه في المقبوض، ثم قال: ولو صالحه على ثوب فلشريكه أن يرجع عليه ولكن للقابض عليه الخيار، إن شاء أعطاه نصف ذلك الثوب وإن شاء أعطاه ربع قيمة العرض، بخلاف الأول فهناك يلزمه أن يدفع إليه نصف ما قبض؛ لأن ما وقع عليه الصلح هناك من جنس القيمة دراهم أو دنانير فيكون مشتركاً بينهما فكان مستوفيًا لبعض حقه، وذلك المستوفى جزء عمَّا هو مشترك بينهما فيلزمه دفع نصيبه بعينه إلى شريكه، وهاهنا الثوب ليس من جنس القيمة فكان هو بالصلح مباشرًا سبب الملك لنفسه في الثوب بنصيبه من الدين، فيكون بمنزلة ما لو اشترى نصيبه من الدين ثوبًا، إلا أن فى الشراء حق الشريك قبله يتعين في نصف نصيبه من القيمة؛ لأن مبنى الشراء على الاستقصاء وفي الصلح يتخير المصالح؛ لأن مبنى الصلح على التجاوز بدون الحق، فمن حجته أن يقول: إنما وصلت إلى حقي؛ لأنِي تجوزت بدونه فتجوز أنت بمثل ذلك إن أردت مشاركتي، فيعطيه نصف الثوب بهذه الحجة إن شاء، وإن شاء أمسك الثوب؛ لأنه هو المباشر لسبب الملك وهو المعاوضة، وأعطى صاحبه ربع القيمة كما في الشراء.

قوله: إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ، هذا استثناء عن قوله: فَشَرِيكُهُ بِالخِيَارِ، أي: حينئذٍ لا خيار

وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الدَّيْنَ المُشْتَرَكَ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا قَبَضَ أَحَدُهُمَا شَيْئًا مِنْهُ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِي المَقْبُوضِ؛ لِأَنَّهُ ازْدَادَ بِالقَبْضِ، إِذْ مَالِيَّةُ الدَّيْنِ بِاعْتِبَارِ عَاقِبَةِ القَبْضِ، وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ رَاجِعَةٌ إِلَى أَصْلِ الحَقِّ فَتَصِيرُ كَزِيَادَةِ الوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ وَلَهُ حَقُّ المُشَارَكَةِ، وَلَكِنَّهُ قَبْلَ المُشَارَكَةِ بَاقٍ عَلَى مَالِكِ القَابِضِ؛ لِأَنَّ العَيْنَ غَيْرُ الدَّيْنِ حَقِيقَةً وَقَدْ قَبَضَهُ بَدَلًا عَنْ حَقِّهِ فَيَمْلِكُهُ حَتَّى يَنْفُذَ تَصَرُّفُهُ فِيهِ وَيَضْمَنَ لِشَرِيكِهِ حِصَّتَهُ، وَالدَّيْنُ المُشْتَرَكُ يَكُونُ وَاجِبًا بِسَبَبٍ مُتَّحِدٍ كَثَمَنِ المَبِيعِ إِذَا كَانَ صَفْقَةً وَاحِدَةً وَثَمَنِ المَالِ

لشريكه في اتباع الغريم، أو شريكه القابض على ما ذكرنا من تنصيص «المبسوط» على ذلك.

قوله: وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الدَّيْنَ المُشْتَرَكَ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا قَبَضَ أَحَدُهُمَا شَيْئًا مِنْهُ - أي: من الدين كالدراهم والدنانير - فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِي المَقْبُوضِ، وهو الدراهم والدنانير، وأمّا إذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوبـًا ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض، بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية «المبسوط» وإشارة رواية الكتاب.

قوله: لِأَنَّهُ ازْدَادَ بِالقَبْضِ، أي: لأن الدين ازداد بالقبض خيرًا بسبب كونه مُنفردًا، يعني: فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض حتى يُساوي الساكت القابض، فإن نصيب الساكت دين، ونصيب القابض عين، والعين أفضل من الدين.

قوله: وَلَكِنَّهُ قَبْلَ المُشَارَكَةِ، أي: ولكن المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض في المقبوض، فالمقبوض بَاقٍ عَلَى مَالِكِ القَابِضِ، وهذا الاستدراك جواب لسؤال مقدر وهو أن يقال: لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض، كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر.

قوله: وَالدَّيْنُ المُشْتَرَكُ، إلى قوله: إِذَا كَانَ صَفْقَةً وَاحِدَةً، قيَّد بها؛ لأنه إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم، وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة درهم وكتبا عليه صكًا واحدًا بألف ثم قبض أحدهما منه شيئـًا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه؛

الْمُشْتَرَكِ وَالْمَوْرُوثِ بَيْنَهُمَا وَقِيمَةِ الْمُسْتَهْلَكِ الْمُشْتَرَكِ. إِذَا عَرَفْنَا هَذَا فَنَقُولُ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ: لَهُ أَنْ يَتْبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ؛ لِأَنَّ نَصِيبَهُ بَاقٍ فِي ذِمَّتِهِ؛ لِأَنَّ الْقَابِضَ قَبَضَ نَصِيبَهُ لَكِنَّ لَهُ حَقَّ الْمُشَارَكَةِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْمُشَارَكَةِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذَلِكَ.

قَالَ: (وَلَوِ اسْتَوْفَى نِصْفَ نَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيمَا قَبَضَ) لِمَا قُلْنَا (ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الْغَرِيمِ بِالْبَاقِي)؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا اشْتَرَكَا فِي الْمَقْبُوضِ لا بُدَّ أَنْ يَبْقَى الْبَاقِي عَلَى الشَّرِكَةِ.

لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر، فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك، كما لو أقرضه كل واحد منهما

خمسمائة وكتبا بالألف صكًا واحدًا، ثم ينبغي أن لا يكتفى **بقوله: إِذَا كَانَ صَفْقَةً وَاحِدَةً**، بل ينبغي أن يزاد على هذا ويقال: إذا كانت صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفته؛ لأنَّهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه بمائة ونصيب فلان بخمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيئًا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه؛ لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة، بدليل أن للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما، وكذلك لو اشترط أحدهما أن نصيبه خمسمائة بختية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه الآخر؛ لأن التسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر وصفًا، كذا في باب الصلح في الدين من صلح «المبسوط».

وذكر في شركة «التتِمَّة»، و«الذخيرة»: رجلان لهما على آخر ألف درهم فأراد أحدهما أن يأخذ حصته ولا يكون لشريكه سبيل، قال نصير رحمه الله: يهب الغريم له مقدار حصته ويقبض، أي: أحد الشريكين، ثم يبرئ الغريم من حصته، وقال أبو بكر رحمه الله في «النوازل»: يبيع من المطلوب كفًا من زبيب بمقدار حصته من الدين، وسلم إليه الزبيب ثم يبرئ الغريم عن حصة دينه ويطالبه بثمن الزبيب ويأخذ منه، فلا يكون لشريكه في ذلك شيء.

قَالَ: (وَلَوِ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ سِلْعَةً كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ رُبُعَ الدَّيْنِ) لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا حَقَّهُ بِالْمُقَاصَّةِ كَامِلًا؛ لِأَنَّ مَبْنَى الْبَيْعِ عَلَى الْمُمَاكَسَةِ بِخِلَافِ الصُّلْحِ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى الإِغْمَاضِ وَالْحَطِيطَةِ، فَلَوْ أَلْزَمْنَاهُ دَفْعَ رُبْعِ الدَّيْنِ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَخَيَّرُ الْقَابِضُ كَمَا ذَكَرْنَا، وَلَا سَبِيلَ لِلشَّرِيكِ عَلَى الثَّوْبِ فِي الْبَيْعِ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقْدِهِ وَالِاسْتِيفَاءِ بِالْمُقَاصَّةِ بَيْنَ ثَمَنِهِ وَبَيْنَ الدَّيْنِ.

وقوله: لِأَنَّ مَبْنَى الْبَيْعِ عَلَى الْمُمَاكَسَةِ، تعليل لقوله: لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا حَقَّهُ بِالْمُقَاصَّةِ كَامِلًا.

قوله: فَلَوْ أَلْزَمْنَاهُ دَفْعَ رُبْعِ الدَّيْنِ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَخَيَّرُ الْقَابِضُ، يعني: أن المصالح بالصلح صار كأنه أبراه عن بعض نصيبه واستوفى البعض، فمتى يعطيه ربع الدين من غير خيار يتضرر به المصالح؛ لأنه لم يستوف نصف الدين لما ذكرنا أن الصلح ينبئ على الحطيطة، كذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله.

وقوله: كَمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلى قوله: إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ، وقد ذكرنا أن فيه دلالة على خيار القابض؛ لأن تقدير الكلام: فشريكه الساكت بالخيار في الاتباع، إلا أن يضمن الشريك القابض للشريك الساكت ربع الدين، فحينئذٍ لم يبق الخيار للشريك الساكت.

قوله: وَالِاسْتِيفَاءُ - بالرفع، أي: استيفاء دين القابض للقابض إنما حصل - بِالْمُقَاصَّةِ بَيْنَ ثَمَنِ الثَّوْبِ وَبَيْنَ الدَّيْنِ، وهذا جواب لسؤال مقدر وهو أن يقال: ينبغي أن يكون الثوب مشتركًا بين الشريكين لحصوله بدين مشترك، فأجاب عنه بهذا وقال: لم يكن بدين مشترك بل بدينه الخاص بطريق المقاصة.

فإن قيل: في هذا الجواب ورد سؤال آخر وهو أن قسمة الدين قبل القبض لا تصح، وفي المقاصة بدينه الخاص تلزم قسمة الدين قبل القبض، قلنا: قسمة الدين قبل القبض إنَّما لا تجوز قصدًا أمَّا ضمنًا فجائز، وهاهنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسألة الأولى في ضمن صحة المصالحة.

وَلِلشَّرِيكِ أَنْ يَتْبَعَ الغَرِيمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّتِهِ بَاقٍ؛ لِأَنَّ القَابِضَ اسْتَوْفَى نَصِيبَهُ حَقِيقَةً لكِنَّ لَهُ حَقَّ الْمُشَارَكَةِ فَلَهُ أَنْ لا يُشَارِكَهُ، فَلَوْ سَلَّمَ لَهُ مَا قَبَضَ ثُمَّ تَوَى مَا عَلَى الغَرِيمِ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ القَابِضَ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالتَّسْلِيمِ لِيُسَلِّمَ لَهُ مَا فِي ذِمَّةِ الغَرِيمِ وَلَمْ يُسَلَّمْ، وَلَوْ وَقَعَتِ المُقَاصَّةُ بِدَيْنٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ قَبْلُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ لِأَنَّهُ قَاضٍ بِنَصِيبِهِ لا مُقْتَضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنْ نَصِيبِهِ فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِتْلافٌ

قوله: وَلِلشَّرِيكِ أَنْ يَتْبَعَ الغَرِيمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، وهو الصلح من نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالدراهم والدنانير وشراء السلعة بنصيبه.

قوله: لكِنَّ لَهُ حَقَّ الْمُشَارَكَةِ، أي: للشريك الساكت.

قوله: فَلَوْ سَلَّمَ - أي: الشريك الساكت - لَهُ - أي: للشريك القابض - مَا قَبَضَ - وهو الثوب الذي هو بدل الصلح والدراهم والدنانير والثوب المشترى - ثُمَّ تَوَى مَا عَلَى الغَرِيمِ، بأن مات مفلسًا، يعني: إذا قال الشريك الساكت للقابض: إنِّي سلمت لك ما قبضت فلا أرجع عليك بنصف ما قبضت ولكن أرجع على الغريم بنصيبي، ثم مات الغريم مفلسًا كان له أن يرجع على الشريك القابض في نصف ما قبض أو قيمته، كالمحتال له بعد قبول الحوالة إذا مات المحتال عليه مفلسًا يرجع على المحتال، فكذلك هاهُنا.

وذكر في «الإيضاح»: فإن سلَّم له ذلك ثم نوى الدين على الغريم فله أن يرجع على الشريك، إلا أنه ليس له أن يرجع في عين تلك الدراهم، وللقابض أن يمسكها ويعطيه مثلها؛ لأن حقه قد سقطَ عن ذلك العين بالتسليم، فإذا نوى عاد حقه في مثله لا في عينه.

قوله: وَلَوْ وَقَعَتِ المُقَاصَّةُ بِدَيْنٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ قَبْلُ، أي: بدين كان على أحد الشريكين للمديون قبل الدين المشترك بأن أقرَّ أحد الشريكين: إن عليه دينًا للمديون قبل ثبوت الدين المشترك.

قوله: لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ؛ لِأَنَّهُ قَاضٍ، أي: مؤدٍ دينه، لا مُقْتَضٍ، أي: لا مستوف

وَلَيْسَ بِقَبْضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ البَعْضِ كَانَتْ قِسْمَةُ البَاقِي عَلَى مَا بَقِيَ مِنَ السِّهَامِ، وَلَوْ أَخَّرَ أَحَدُهُمَا عَنْ نَصِيبِهِ صَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ اعْتِبَارًا بِالإِبْرَاءِ المُطْلَقِ، وَلَا يَصِحُّ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ القَبْضِ،

دينه، وإنما قلنا: أن هذا قضاء لنصيبه من الدين لا اقتضاء؛ لأن آخر الدينين يصير قضاء عن أولهما؛ لأن القضاء لا يسبق الوجوب وإنَّما يشاركه الآخر فيما يقبض، فإذا لم يصر بِهذا الطريق قابضًا شيئًا لا يكون للآخر أن يشاركه فيه، كما لو أبرأه من نصيبه أو وهبه له، وكذلك لو جنى عليه عمدًا دون النفس جناية يكون أرشها خمسمائة، كذا في «المبسوط»ز

قوله: وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ البَعْضِ كَانَتْ قِسْمَةُ البَاقِي عَلَى مَا بَقِيَ مِنَ السِّهَامِ، حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهمًا فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة.

قوله: وَلَوْ أَخَّرَ أَحَدُهُمَا عَنْ نَصِيبِهِ صَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ ... وَلَا يَصِحُّ عِنْدَهُمَا، اعلم أن هذا الذي ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكره في عامة روايات الكتب من «المبسوط»، و«الأسرار»، و«الإيضاح» وغيرها، حيث ذكر فيها قول محمد مع قول أبي يوسف رحمهما الله فقال في «المبسوط» وغيره:

وإذا كان لرجلين على رجل ألف درهم من ثمن بيع حالة، فأخر أحدهما حصته لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله، وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

وذكر في «التتمَّة»، و«الذخيرة» قول محمد في أنه يجوز التأخير مخالفًا لقول أبي حنيفة رحمه الله، ولم يذكر قول أبي يوسف رحمه الله، ثم هذا الاختلاف بينهم كيف ما كان في إنشاء التأخير، وأمَّا إذا أقرَّ أحد الشريكين أن الدين مؤجل إلى سنة وأنكر الآخر صح إقرار المقر في نصيبه بالإجماع، وهو حجة أبي يوسف ومحمد فإنَّهما يقيسان إنشاء التأجيل على الإقرار بالتأجيل، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ القَبْضِ، فإن قلتَ: هاهنا سؤالان:

أحدهما: هو أن أبا حنيفة رحمه الله لم يجعل الإبراء المطلق من أحد الشريكين قسمة

وَلَوْ غَصَبَ أَحَدُهُمَا عَيْنًا مِنْهُ أَوِ اشْتَرَاهَا شِرَاءً فَاسِدًا وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فَهُوَ قَبْضٌ

الدين قبل القبض، وجعل الإبراء المؤقت وهو التأخير من أحدهما قسمة الدين قبل القبض، مع أن في كل واحد منهما تصرف لأحد الشريكين في نصيبه على وجه يخالف به وصف أحد النصيبين للآخر، وكان به تميز حاصل لأحد النصيبين من الآخر وهو معنى القسمة، كان ينبغي أن يجوز كلاهما أو لا يجوز كلاهما، فما وجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بينهما؟

والثاني: ما المعنى الفقهي في عدم جواز قسمة الدين قبل القبض؟

قلتُ: أمَّا الفرق فإنه لا يلزم في إبراء نصيبه قسمة الدين قبل القبض؛ لأنه لا يبقى نصيبه بعد الإبراء أصلًا، والقسمة إنما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما، وفي التأخير بقي نصيب كل واحد منهما في أصل الدين على حاله، حتى أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركًا بينهما والباقي هو ما كان مؤجلًا، فلمَّا بقي نصيبُ كل واحد منهما في أصل الحق كما كان أمكن أن يقال بالقسمة لتميز وصف النصيبين بأن أحدهما حال والآخر مؤجل.

وإنما قلنا أن هذه قسمة؛ لأن نصيب أحدهما يصير مخالفًا لنصيب الآخر في الوصف والحكم، أمَّا في الوصف فإنه يقال لأحد النصيبين حال وللآخر مؤجل، وأمَّا في الحكم فإن للساكت أن يطالب المديون بنصيبه في الحال وللمؤخر لا، والقسمة ليست إلا أن يصير أحد النصيبين مخالفًا للآخر.

والثانِي من الفرق بينهما، أي: في جواز الإبراء وعدم جواز التأخير وجود الضرر وعدمه؛ وذلك لأن في تصرف الآخر إضرارًا بشريكه، وأحد الشريكين إذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه، كما لو كاتب أحد الشريكين في العبد نصيبه كان للآخر أن يبطل الكتابة، وهاهنا كذلك في التأخير ضرر دون الإبراء، بيان ذلك أنه لم يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه؛ لأنه إذا أخَّر نصيبه ثم استوفى النصيب الآخر فهو يشاركه عند حلول الأجل في المقبوض، فلا يزال يفعل هكذا حتى تكون مؤنة المطالبة في جميع الدين على شريكه، وفيه من الضرر ما لا يخفى، بخلاف الإبراء فإنه ليس في تصرفه هناك إضرار بشريكه؛ لأنه لا يشاركه فيما يقبض بعد ذلك.

وَالِاسْتِئْجَارُ بِنَصِيبِهِ قَبْضٌ،

وأمَّا الجواب عن السؤال الثاني: وهو أن قسمة الدين قبل القبض إنما لا تجوز لانعدام حد القسمة لعدم شرطها، وهو وجود النصيبين فصاعدًا حسًّا؛ وذلك لأن القسمة تميز وما في الذمة لا يتصور فيه التمييز، وفي العين القسمة بدون التمييز لا تحصل، فإنه لو كان بين رجلين صبرة طعام وقالا: اقتسمنا على أن هذا الجانب لي والجانب الآخر لك لا يجوز، فهاهُنا أوْلَى؛ ولأن القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضًا عمَّا يتملكه عليه، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز؛ لأن في ذلك نقلًا للوصف من محل إلى محل آخر قصدًا، والانتقال على الأوصاف محال والدين وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة، إلى هذا أشار في «المبسوط».

وزيَّف القاضي الإمام الدبوسي التعليل في هذه المسألة في جانب أبي حنيفة رحمه الله بلزوم قسمة الدين قبل القبض، وقال عامة مشايخنا يحتجون في المسألة أن التأخير يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض وأنه محال، إلى أن قال: وهذا كلام ظاهر الاختلال؛ لأن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان: التأجيل لا يوجب القسمة؛ لأنه تصرف في المطالبة فأصل الدين يبقى على ما كان مشتركًا بينهما، وبالتأخير تتغير صفة نصيب أحدهما بأن لا يبقى مطالبًا به للحال، وتغير صفة النصيب لا يدل على انقطاع الشركة، ألا ترى أن أحدهما لو أقرَّ أن نصيبه لفلان صحَّ وقد تغير صفة الملك فإنه كان مضافًا إليه والآن صار مضافًا إلى غيره، وكذلك لو كان عينًا لا يحتمل القسمة فوهبَ أحدهما نصيبه لأجنبي وسلم صحَّ، والشركة باقية وقد تغير المالك وتغير الصفة؛ لأن حكم الهبة بخلاف حكم الشراء.

ولكن الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «المبسوط» اختار هذا التعليل المذكور في الكتاب وقال: وإنما قلنا أن هذا قسمة؛ لأن نصيب أحدهما يصير مخالفًا لنصيب الآخر في الوصف والحكم، والقسمة ليست إلا هذا، فإن القول ما قالت حذام.[1]

قوله: وَالِاسْتِئْجَارُ بِنَصِيبِهِ قَبْضٌ، صورة المسألة ما إذا كان لرجلين على رجل ألف

(١) هذا مثل يضرب في التصديق، أي: القول السديد المعتد به ما قالته، وإلا فالصدق والكذب يستويان في أن كلًّا منهما قول، انظر: مجمع الأمثال للميداني (٢/ ١٠٦).

وَكَذَا الإِحْرَاقُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَالتَّزَوُّجُ بِهِ إِتْلَافٌ

درهم، فاستأجر أحدهما بنصيبه من الألف دارًا من الغريم سنة وسكنها، فأراد شريك المستأجر اتباعه فإن له ذلك؛ لأنه صار متقضيًا نصيبه وقد قبض ما له حكم المال من كل وجه؛ لأن ماعدا منافع البضع من المنافع جُعل مالًا من كل وجه عند ورود العقد عليها، حتى لم يثبت الحيوان دينًا في الذمة بدلًا عن المنفعة كما في غيرها من الأموال، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «المبسوط» بعد ما ذكر أن الاستئجار بمنزلة القبض حتى أن للآخر أن يرجع على المستأجر بنصف نصيبه قال: وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله هذا إذا استأجر أحدهما بخمسمائة، أي: مطلقًا من غير إضافته إلى نصيبه من الدين ثم صار قصاصًا بنصيبه، فأمَّا إذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء، وجُعل هذا بمنزلة النكاح؛ لأن المنفعة ليست بمال مطلق، فإذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالًا مطلقًا لشريكه.

قوله: وَكَذَا الإِحْرَاقُ، وفي بعض النسخ: الإصداق، ولكن في «المبسوط» وغيره ذكر الإحراق، وفي «المنظومة»:

ألفٌ على زيد لعمرو وعمر * أحرق عمرو ثوب زيد بشرر

ولأنه عطف عليه.

قوله: وَالتَّزَوُّجُ بِهِ إِتْلَافٌ، فيجب أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه، ولا يوجد ذلك في لفظ الإصداق قبل.

صورة المسألة المختلف فيها ما إذا رمى بالنار على ثوب المديون فأحرقه، وأمَّا إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فإن للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالإجماع؛ لأنه حينئذٍ يكون الاستهلاك بعد الغصب، وذكر حكم الغصب بأنه بمنزلة قبض حصته من الدين فيرجع عليه الشريك بِرُبع الدين إذا كان الثوب يساوي خمسمائة بالإجماع.

فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَكَذَا الصُّلْحُ عَلَيْهِ مِنْ جِنَايَةِ العَمْدِ.

وما ذكر في «المبسوط» في تعليلهما يدل على صحة هذا القيد، فإن محمد رحمه الله يقول: إنه بالإحراق صار قابضًا متلفًا بمال مضمون فيكون ذلك كالغصب، والمديون صار قابضًا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيـًا، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يرجع عليه بشيء؛ لأنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض فالإحراق إتلاف، فكان هذا نظير الجناية فإنه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدراهم لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء، فكذلك إذا جنى على ماله بالإحراق.

قوله: وَالتَّزَوُّجُ بِهِ - أي: التزوج بنصيبه من الدين - إِتْلَافٌ، حتى لا يرجع الآخر على المتزوج، وإنما قيَّد بنصيبه؛ لأنه لو تزوج أحد الشريكين المديونة على خمسمائة ونصيبه خمسمائة، ولكن لم يضف إلى الدين فإن ثمة يتبع الساكت الزوج؛ لأن الزوج صار مستوفيًا نصيبه بطريق المقاصة فيرجع الساكت عليه، ولا كذلك إذا أضاف العقد إلى الدين؛ لأن النكاح تعلق به فيسقط بنفس القبول فصار بمنزلة الإبراء وهناك لا يتبع فكذا هنا، كذا في «المبسوط» لشيخ الإسلام رحمه الله.

قوله: فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، هذا احتراز عمَّا روى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله أن للآخر أن يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الإيضاح»: ولو كان دين بين شريكين على امرأة فتزوجها أحدهما على حصته من الدين فقد اختلفت الرواية عن أبي يوسف رحمه الله، ففي رواية يرجع بنصف حقه من ذلك؛ لأن القبض وقع بطريق المقاصة كما في بدل البيع، وفي رواية لا يرجع وهو قول محمد رحمه الله؛ لأن ما سلم له لم يمكن المشاركة فيه، فالدين وإن صار مقبوضًا لكن لا بدَّ من النظر فيما سلم، فإذا لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه، ولم يظهر معنى الزيادة له فلا يرجع كما لو أبرأ.

قوله: وَكَذَا الصُّلْحُ، معطوف على قوله: وَالتَّزَوُّجُ بِهِ إِتْلَافٌ، أي: الصلح عن جناية العمد إتلاف أيضـًا، حتى لم يكن للآخر أن يشاركه فيه؛ لأنه ما صار مستوفيًا مضمونًا أو شيئـًا قابلًا للشركة، إنما صار متلفًا لنصيبه فلا يكون للآخر أن يرجع عليه بشيء، كذا في «المبسوط».

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى رَأْسِ المَالِ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ الصُّلْحُ) اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الدُّيُونِ،

وقيل: إنما قيَّد بجناية العمد؛ لأن في جناية الخطأ يرجع، ولكن لفظ «الإيضاح» مطلق غير متعرض للعمد ولا للخطأ فقال: ولو شجَّ الطالبُ المطلوبَ موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء؛ لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح.

قوله: وَإِذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ - أي: المسلم فيه - فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ - أي: من المسلم فيه - عَلَى رَأْسِ المَالِ - أي: صالح أحد ربي المسلم مع المسلم إليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه - لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، أي: بدون إجازة الشريك الآخر، أمَّا إذا أجاز صلحه فيجوز عندهم جميعًا.

وذكر هذه المسألة في «المبسوط» في وسط الباب الأول من كتاب البيوع فقال: وإذا أسلم الرجلان إلى رجل في طعام فصالحه أحدهما من نصيبه على رأس ماله فالصلح موقوف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فإن أجازه الآخر جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركًا بينهما، وما بقي من طعام السلم مشتركًا بينهما، وإن لم يجزه فالصلح باطل، وعند أبي يوسف رحمه الله الصلح جائز بين المصالح والمسلم إليه؛ لما أن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أي بدل كان عنده، ثمَّ أحد ربي الدين إذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح، ويخير الآخر بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من ذلك الدين، كذلك هاهُنا.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا: في هذا الصلح قسمة الدين قبل القبض وذلك لا يجوز، وبيانه إن كان صلحه عن نصيبه خاصة لا يتحقق ذلك إلا بأن يتميز نصيبه عن نصيب صاحبه وهذا هو القسمة، وإن كان صالحه عن النصف من النصيبين جميعًا لا يمكن تصحيحه بدون إجازة الآخر لتناوله نصيبه.

وَبِمَا إِذَا اشْتَرَيَا عَبْدًا فَأَقَالَ أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَوْ جَازَ فِي نَصِيبِهِ خَاصَّةً يَكُونُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي الذِّمَّةِ، وَلَوْ جَازَ فِي نَصِيبِهِمَا لَا بُدَّ مِنْ إِجَازَةِ الآخَرِ، بِخِلَافِ شِرَاءِ العَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ المُسْلَمَ فِيهِ صَارَ وَاجِبًا بِالعَقْدِ وَالعَقْدُ قَامَ بِهِمَا فَلَا يَنْفَرِدُ

وقوله: وَبِمَا إِذَا اشْتَرَيَا عَبْدًا فَأَقَالَ أَحَدُهُمَا، أي: يجوز بدون رضا الآخر فيجب أن يكون هنا كذلك.

قوله: بِخِلَافِ شِرَاءِ العَيْنِ، جوابٌ لقوله: وَبِمَا إِذَا اشْتَرَيَا عَبْدًا فَأَقَالَ أَحَدُهُمَا، فإن العين هناك كان موجودًا حسًّا ومعاينةً قبل العقد، وكان محلًّا لتصرف كل واحد منهما بالفسخ، إلا أن يكون ثبوت ولاية التصرف فيه لكل واحد منهما بالعقد، فلهذا جاز الفسخ من كل واحد منهما في نصيبه كأنه كان منفردًا به، وهاهنا المسلم فيه لم يكن موجودًا قبل العقد وجواز التصرف باعتبار وجوبه بالعقد، فكان كل واحد منهما بالتصرف كشطر العلة وشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم ما لم يتم ذلك بإجازة الآخر، كالمعتقة بين الرجلين تزوجها أحدهما لا يصح؛ لأن الولاية تثبت بالولاء فالولاء بكمال العتق وكماله يثبت بهما فانعدم بانعدام أحدهما، وكذلك كل حكم ثبت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما؛ وذلك لأن العقد في باب السلم أصل لوجود المسلم فيه؛ لأنه بالعقد يثبت دينًا في الذمة، وكذلك في الرفع يكون أصلًا بنفسه لسقوط السلم، بِخِلَافِ شِرَاءِ العَيْنِ، فإن العين أصل لوجود العقد، فإن العقد ما لم تكن موجودة لا يوجد العقد وإن تعاقدا، فكذلك عند الرفع تكون العين أصلًا لصحة الرفع عنه، فإذا كان العين أصلًا والعين مشترك ذو أنصباء ملك كل واحد بنصيبه؛ لأن ملك العين علة لنفاذ التصرف فيه من المالك فكانت العلة تامة، فأمَّا هاهنا تثبت الولاية بالعقد وقد ثبتَ بِهما جميعًا، ولا أيضًا هو شيء مشترك بينهما بل هو علة وجوب الشركة في السلم، فاعتبر أبو حنيفة رحمه الله جانب العقد لا جانب الدين، فما قاله أبو يوسف رحمه الله ظاهر؛ لأن السلم دين كسائر الديون، وما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله أدق في الفرق، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: لِأَنَّ المُسْلَمَ فِيهِ صَارَ وَاجِبًا بِالعَقْدِ، أي: موجودًا به.

أَحَدُهُمَا بِرَفْعِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لَشَارَكَهُ فِي المَقْبُوضِ، فَإِذَا شَارَكَهُ فِيهِ رَجَعَ المُصَالِحُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَيُؤَدِّي إِلَى عَوْدِ السَّلَمِ بَعْدَ سُقُوطِهِ.

قوله: قَالُوا: هَذَا إِذَا خَلَطَا رَأْسَ المَالِ، وعقدا مع المسلَم إليه عقد السَّلم، وأمَّا إذا لم يخلطا فصلح أحدهما على رأس المال بدون إجازة الآخر جائز من غير خلاف.

اعلم أن هذا الاختلاف بين المتأخرين في أن اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الإطلاق إنما نشأ بسبب وضع «المبسوط»، فإن محمدًا رحمه الله ذكر هذه المسألة في البيوع على هذا الاختلاف مع ذكر الخلط، وذكر أيضـًا في كتاب الصلح في باب الصلح في السلم مع تصريح عدم الخلط، وقد ذكرنا صورة ما ذكر في بيوع «المبسوط» قبل هذا، وأمَّا صورة ما ذكر في كتاب الصلح منه فقال: وإذا أسلم رجلان عشرة دراهم في كرٍّ حنطة فنقد هذا من عنده خمسة، وهذا من عنده خمسة، ولم يخلطا العشرة ثمَّ صالح أحدهما على رأس ماله وأخذه فهو جائز، ولا يشركه الآخر فيه في قول أبي يوسف رحمه الله؛ لأن أصل رأس المال لم يكن مشتركـًا بينهما، ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هذا الكتاب، أي: في كتاب الصلح، وذكره في كتاب البيوع.

ثم قال: فمن أصحابنا من يقول هذا على الخلاف أيضـًا؛ إذ لا فرق بين أن يكون رأس المال الذي نقداه مختلطـًا بينهما أو غير مختلط، ومنهم من يقول: بل جوابهما هاهُنا كجواب أبي يوسف رحمه الله، وهذا لاختلاف الطريق لهما في تلك المسألة.

وعلى الطريق الذي قلنا: أن وجوب المسلم فيه باعتبار عقدهما وكل واحد منهما كشطر العلة، الجواب في الفصلين واحد، أي: الاختلاف في الفصلين ثابت، وعلى الطريق الذي قلنا: أن تجويز صلح أحدهما يؤدي إلى أن يبطل حق رب السلم عن المسلم فيه، ويتقرر برأس المال ثم يعود في المسلم فيه، هذا الجواب قولهم جميعًا؛ لأن ذلك إنما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض، وليس له حق المشاركة هاهنا؛ إذ لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال، ثم قال: ولو لم يأخذ من رأس المال وقبض شيئـًا من السلم شاركه صاحبه فيه؛ لأن طعام السلم وجبَ بالعقد مشتركـًا بينهما، والعقد صفقة

قَالُوا: هَذَا إِذَا خَلَطَا رَأْسَ المَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا قَدْ خَلَطَاهُ فَعَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ هُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَعَلَى الوَجْهِ الثَّانِي هُوَ عَلَى الِاتِّفَاقِ.

واحدة، فيشارك أحدهما صاحبه فيما يقبض من الدين المشترك بينهما.

قوله: فَعَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ، إشارة إلى **قوله:** أَنَّهُ لَوْ جَازَ فِي نَصِيبِهِ خَاصَّةً يَكُونُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي الذِّمَّةِ، إلى أن قال: وَالعَقْدُ قَامَ بِهِمَا.

قوله: وَعَلَى الوَجْهِ الثَّانِي، إشارة إلى **قوله:** وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لَشَارَكَهُ فِي المَقْبُوضِ.

قوله: عَلَى الِاتِّفَاقِ، أي: على الجواز، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ الشَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ مِنْهَا بِمَالٍ أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ وَالتَّرِكَةُ

فصل في التخارج

أخَّر هذا الباب؛ لأن هذا أقل وقوعًا في الصلح؛ لأن أحدًا لا يرضى أن يأخذ ما هو مجهول القدر في نصيبه، والظاهر أنَّ ما أخذه قليل من نصيبه؛ لأن غرض باقي الورثة في هذا ذلك غالبًا مع أن الصلح يقتضي ذلك أيضًا، فيحتاج هاهنا إلى معرفة التخارج لغةً وشرعًا، وسببه، وشرطه.

أمَّا لغة: فالتخارج التناهد وهو إخراج كل واحد من الورثة نفقته على قدر نفقة صاحبه، كذا في «الإيضاح».

وأمَّا في اصطلاح أهل الشرع: فهو عبارة عن إخراج أحد الورثة عما يستحقه من التركة بمال يُدفع إليه.

وفي «المبسوط»: وذكر ابن عباس رضي الله عنهما قال: يتخارج أهل الميراث، يعنِي: يخرج بعضهم بعضًا بطريق الصلح.

وأمَّا سببه: فطلب الخارج من الورثة، وذلك عند رضى غيره به.

وأمَّا شرطه: فأن لا تكون التركة مشغولة بالدين كلها أو بعضها، وأن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس إذا كان ما أعطوه وفي الذي صولح عنه من جنس الدراهم والدنانير، وأن تكون أعيان التَّركة معلومة على قول البعض بأنَّها من أي جنس هي عند الصلح على المكيل والموزون.

عَقَارٌ أَوْ عُرُوضٌ جَازَ قَلِيلًا كَانَ مَا أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ أَوْ كَثِيرًا)؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بَيْعًا. وَفِيهِ أَثَرُ عُثْمَانَ، فَإِنَّهُ صَالَحَ تَمَاضُرَ الْأَشْجَعِيَّةَ امْرَأَةَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَنْ رُبُعِ ثَمَنِهَا عَلَى ثَمَانِينَ أَلْفِ دِينَارٍ.

قوله: لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بَيْعًا، وإنما تعين البيع فيه للجواز دون الإبراء عمَّا زاد من نصيبه؛ لأنا لو قلنا بالإبراء يلزم الإبراء عن الأعيان غير المضمونة وهو لا يصح فتعين البيع.

فإن قلتَ: لو كان تصحيح هذا الصلح على وجه البيع لشرط معرفته مقدار حصة المخرج من التَّركة؛ لما أن معرفة مقدار الحصة في البيع شرط، وفي هذا الصلح معرفة ذلك ليس بشرط بالاتفاق، ذكره في «التَّتِمَّة».

قلتُ: نعم كذلك إلا أن هذا البيع لا يحتاج فيه إلى التسليم، وبيع ما لم يعلم البائع والمشتري مقداره إذا كان لا يحتاج فيه إلى التسليم جائز، ألا ترى أن من أقرَّ أنه غصب من فلان شيئًا أو أقرَّ أن فلانًا أودعه شيئًا ثم أنَّ المقر اشترى ذلك الشيء من المقر له جاز وإن كانا لا يعرفان مقداره، كذا هاهُنا، كذا في «الذخيرة».

وهذه هي المسألة التي ذكرها في آخر ما نحن فيه من الكتاب ب**قوله:** وَلَوْ كَانَتِ التَّرِكَةُ غَيْرَ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ لَـكِنَّهَا أَعْيَانٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ، إلى آخره.

قوله: وَفِيهِ أَثَرُ عُثْمَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، إلى آخره، وروي عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفًا على أن أخرجوها من الميراث، وهي تماضر[1] كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رضي الله عنهم في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر، وكان له أربع نسوة وأولاد فحظها رُبع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءًا فصالحوها على نصف ذلك، وهو جزء من أربعة وستين جزءًا فأخذت بِهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفًا، ولم يفسر ذلك في الكتاب، وذكر في كُتب الحديث

(١) هي: تماضر بنت الأصبغ بن عمرو بن ثعلبة الكلبية زوج عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما، انظر: الإصابة في تمييز الصحابة (٨/ ٥٦).

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ فِضَّةً فَأَعْطَوْهُ ذَهَبًا أَوْ كَانَ ذَهَبًا فَأَعْطَوْهُ فِضَّةً فَهُوَ كَذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ الجِنْسِ بِخِلَافِ الجِنْسِ فَلَا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي وَيُعْتَبَرُ التَّقَابُضُ فِي المَجْلِسِ لِأَنَّهُ صَرْفٌ غَيْرَ أَنَّ الَّذِي فِي يَدِهِ بَقِيَّةُ التَّرِكَةِ إِنْ كَانَ جَاحِدًا يَكْتَفِي بِذَلِكَ القَبْضِ لِأَنَّهُ قَبْضُ ضَمَانٍ فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلْحِ وَإِنْ كَانَ مُقِرًّا لَا بُدَّ مِنْ تَجْدِيدِ القَبْضِ لِأَنَّهُ قَبْضُ أَمَانَةٍ فَلَا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلْحِ.

ثلاثة وثمانين ألف دينار، فهذا دليل ثروة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ويساره، وكان قد قاسم الله تعالى ماله أربع مرات في حياته، تصدق في كل مرة بالنصف وأمسك النصف، فهو دليل على أنه لا بأس بجمع المال واكتساب الغنى من حله، فابن عوف من عِلية الصحابة من العشرة الذين لهم شهد رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم بالجنَّة، وأيَّد هذا القول قولُه رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم: «نعم المال الصلح للرَّجل الصالح»، ولكن في هذا ترك الجمع والاستكثار، وإنفاق المال في سبيل الله تعالى أوْلَى، فهو الطريق الذي اختاره رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم لنفسه بقوله: «اللَّهم أحيِني مسكينًا وأمتِني مسكينا واحشرنِي في زمرة المساكين»، وفي حديث عبد الرحمن ما يدل عليه: «فإن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال له يومًا: ما بطأ بك عنِّي يا عبد الرحمن؟ قال: وما ذاك يا رسول الله؟ قال: إنك آخر أصحابي لحوقـًا بي يوم القيامة، وأقول: أين كنت؟ فتقول: منعنِي منك المال كنتُ محبوسًا محاسبًا ما تخلصت إليك حتى الآن».

قوله: غَيْرَ أَنَّ الَّذِي - أي: غير أن الوارث الذي - فِي يَدِهِ بَقِيَّةُ التَّرِكَةِ إِنْ كَانَ جَاحِدًا - أي: لكون التركة في يده - يَكْتَفِي بِذَلِكَ القَبْضِ، أي: بالقبض السابق، والأصل في هذا أنه متى تجانس القبضان نابَ أحدهما مناب الآخر، يعنِي أن يكون كلاهما قبض أمانة أو قبض ضمان، أمَّا إذا اختلفا ينوب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون، وإن كان مقرًّا لا بدَّ من تجديد القبض وهو الانتهاء إلى مكان يتمكن من قبضه.

وقال في «الخلاصة» محالًا إلى وقف «شرح الطحاوي» بعد ما قال ما ذكرتُ: ولو كان

(وَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ ذَهَبًا وَفِضَّةً وَغَيْرَ ذَلِكَ فَصَالَحُوهُ عَلَى ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ فَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أَعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الجِنْسِ حَتَّى يَكُونَ نَصِيبُهُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ التَّرِكَةِ) احْتِرَازًا عَنِ الرِّبَا، وَلا بُدَّ مِنَ التَّقَابُضِ فِيمَا يُقَابِلُ نَصِيبَهُ مِنَ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ؛ لِأَنَّهُ صَرْفٌ فِي هَذَا القَدْرِ.

الشيء في يده بالوديعة أو بالعارية، فباعه المالك منه فهاهنا يحتاج إلى قبض جديد، ولا ينوب القبض الأول عن الثاني، فإذا انتهى إلى مكان يتمكن من قبضه الآن فيصير قابضًا بالتخلية.

قوله: فَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أَعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ، حتى لو كان ما أعطوه أقل من نصيبه، أو كان مساويًا لنصيبه، أو لا يعلم مقدار نصيبه من الدراهم لم يجز الصلح، أمَّا في صورة المساواة؛ لأنه يبقي العروض خالية عن العوض وفي الأقل كذلك؛ لأنه يبقي العروض وبعض الدراهم خالية عن العوض، فتعذر تجويز هذا الصلح بطريق المعاوضة وتعذر تصحيحه بطريق الإبراء عن الباقي؛ لأن التركة عين والإبراء عن الأعيان باطل، وأمَّا في صورة عدم العلم بنصيبه أيضًا كذلك لم يجب الصلح؛ لأن هذا الصلح فسد من وجهين: فيما إذا كان مساويًا لنصيبه، وفيما أخذه هو أقل من نصيبه، وصحَّ من وجه وهو فيما إذا كان ما أخذه أكثر، فكانت العبرة لجانب الفساد.

وقال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: إنما يبطل الصلح على مثل نصيبه من الدراهم وعلى أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق، أمَّا حالة المناكرة بأن ادعت امرأة ميراثها على ورثة زوجها فصالحوها وهم جاحدون أنَّها امرأة الميت على أقل من نصيبها من المهر ومن الميراث فالصلح جائز؛ لأن حالة المناكرة المعطي يعطي المال لقطع المنازعة ويفدي به يمينه فلا يتمكن الربا، كذا في «الذخيرة»، و«التتمَّة».

قوله: احْتِرَازًا عَنِ الرِّبَا؛ لأنه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الإبراء؛ لأن الإبراء عن الأعيان باطل؛ لأن الإسقاط إنَّما يستعمل في الديون لا في الأعيان، وهاهنا عين فتعيَّن تجويزه بطريق المعاوضة ولا يمكن هاهنا؛ لأنه يبقى شيء من التركة بلا ثمن في ضمن المعاوضة فيكون ربًا، فلا بدَّ من أن يزيد على نصيبه حتى ينتفي الربا، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الصُّلْحِ عَرَضًا جَازَ مُطْلَقًا لِعَدَمِ الرِّبَا، وَلَوْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ وَبَدَلُ الصُّلْحِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ أَيْضًا جَازَ الصُّلْحُ كَيْفَمَا كَانَ صَرْفًا لِلْجِنْسِ إلَى خِلَافِ الجِنْسِ كَمَا فِي البَيْعِ لكِنْ يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ لِلصَّرْفِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَى النَّاسِ فَأَدْخَلُوهُ فِي الصُّلْحِ عَلَى أَنْ يُخْرِجُوا المُصَالِحَ عَنْهُ وَيَكُونَ الدَّيْنُ لَهُ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ فِيهِ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ وَهُوَ حِصَّةُ المُصَالِحِ (وَإِنْ شَرَطُوا أَنْ يَبْرَأَ الغُرَمَاءُ مِنْهُ وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ بِنَصِيبِ المُصَالِحِ فَالصُّلْحُ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ وَهُوَ تَمْلِيكُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَهُوَ جَائِزٌ، وَهَذِهِ حِيلَةُ الجَوَازِ، وَأُخْرَى أَنْ يُعَجِّلُوا قَضَاءَ نَصِيبِهِ مُتَبَرِّعِينَ، وَفِي الوَجْهَيْنِ ضَرَرٌ بِبَقِيَّةِ الوَرَثَةِ.

قوله: وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الصُّلْحِ عَرَضًا جَازَ مُطْلَقًا، أي: قل أو أكثر، وجد التقابض في المجلس أو لم يوجد.

قوله: عَلَى أَنْ يُخْرِجُوا المُصَالِحَ - بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل - عَنْهُ، أي: عن الدين، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ، أي: في الكل في العين والدين جميعًا، أمَّا حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين، وأمَّا حصة العين: فلأن الصلح لمَّا فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين أيضًا لاتحاد الصفقة، وهذه المسألة ترد نقضًا على أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما إذا أسلم حنطة في شعير وزيت، فإنَّهما قالا: يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير، وهاهنا أفسد في الكل، هذا ممَّا يحفظ، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: عَلَى أَنْ يَبْرَأَ الغُرَمَاءُ مِنْهُ - أي: في نصيبه من الدين - وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ، أي: على الغرماء وهم المديونون.

قوله: وَفِي الوَجْهَيْنِ ضَرَرٌ بِبَقِيَّةِ الوَرَثَةِ، أمَّا في الوجه الأول فإن بقية الورثة لا يمكنهم

وَالأَوْجَهُ أَنْ يُقْرِضُوا المُصَالِحَ مِقْدَارَ نَصِيبِهِ وَيُصَالِحُوا عَمَّا وَرَاءَ الدَّيْنِ. وَيُحِيلُهُمْ عَلَى اسْتِيفَاءِ نَصِيبِهِ مِنَ الغُرَمَاءِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ وَأَعْيَانُهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ وَالصُّلْحُ عَلَى المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، قِيلَ لا يَجُوزُ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا، وَقِيلَ يَجُوزُ لِأَنَّهُ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، وَلَوْ كَانَتِ التَّرِكَةُ غَيْرَ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ لكِنَّهَا أَعْيَانٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ قِيلَ لا يَجُوزُ لِكَوْنِهِ بَيْعًا إِذِ المُصَالَحُ عَنْهُ عَيْنٌ وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا لا تُفْضِي

الرجوع عن الغرماء، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة، والنقد خير من الدين.

قوله: وَالأَوْجَهُ أَنْ يُقْرِضُوا المُصَالِحَ مِقْدَارَ نَصِيبِهِ، وفي «الذخيرة»: وإن أرادوا إدخال الدين في الصلح فالوجه أن تستقرض المرأة منهم مثل نصيبها من الدين، ثم تحيلهم بذلك على الغريم لتعطيهم من نصيبها ويقبل الغريم ذلك، ثم يصالحوها عن بقية المال فيصير جميع الدين والعين ملكًا لهم.

قوله: قِيلَ لا يَجُوزُ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا، وهو قول الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله فقال: لا يجوز الصلح على المكيل والموزون لما كان فيه من احتمال الربا، بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبها من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل.

قوله: وَقِيلَ يَجُوزُ، وهو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله فقال: يجوز هذا الصلح؛ لأنه يحتمل أن لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح وإن يحتمل أن يكون نصيبها من ذلك أكثر من بدل الصلح أو أقل، فيكون فيه احتمال الاحتمال وذلك لا يكون معتبرًا، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: والصحيح ما قاله الفقيه أبو جعفر؛ لأن الثابت هاهنا شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر.

قوله: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهَا لا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، فإن نفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع، بل الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة، ألا ترى أنه لو باع قفيزًا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة، وكذلك لو باع المغصوب منه الغاصب، والغاصب لا يعلم مقداره يجوز البيع.

إِلَى المُنَازَعَةِ لِقِيَامِ المُصَالَحِ عَنْهُ فِي يَدِ البَقِيَّةِ مِنَ الوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لا يَجُوزُ الصُّلْحُ وَلا القِسْمَةُ لِأَنَّ التَّرِكَةَ لَمْ يَتَمَلَّكْهَا الوَارِثُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَغْرِقًا لا يَنْبَغِي أَنْ يُصَالِحُوا مَا لَمْ يَقْضُوا دَيْنَهُ فَتُقَدَّمُ حَاجَةُ المَيِّتِ، وَلَوْ فَعَلُوا قَالُوا يَجُوزُ. وَذَكَرَ الكَرْخِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي القِسْمَةِ أَنَّهَا لا تَجُوزُ اسْتِحْسَانًا وَتَجُوزُ قِيَاسًا.

قوله: لِقِيَامِ المُصَالَحِ عَنْهُ فِي يَدِ البَقِيَّةِ مِنَ الوَرَثَةِ؛ لأن المسئلة موضوعة فيه، حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز؛ لأنه يحتاج إلى التسليم فيفضي إلى المنازعة، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَإِنْ كَانَ عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لا يَجُوزُ الصُّلْحُ وَلا القِسْمَةُ، وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: فإن كان على الميت دين فصولحت المرأة عن ثمنها على شيء لا يجوز هذا الصلح؛ لأن الدين القليل يمنع جواز التصرف في التركة، فإن طلبوا الجواز فطريق ذلك أن يضمن الوارث دين الميت بشرط أن لا يرجع من التركة، أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت، أو يؤدوا دين الميت بشرط أن يكون من مال آخر ثم يصالحوها عن ثمنها أو صداقها على نحو ما قلنا؛ لأن الكفالة بشرط براءة الميت حوالة، فتخلوا التركة عن الدين فيجوز الصلح.

قوله: وَذَكَرَ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي القِسْمَةِ أَنَّهَا لا تَجُوزُ اسْتِحْسَانًا وَتَجُوزُ قِيَاسًا، وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله و«الذخيرة» جواب القياس والاستحسان كما ذكر في الكتاب لكن من غير نسبة إلى الكرخي، فقال شيخ الإسلام رحمه الله: المسألة على وجهين:

إما أن يكون الدين مستغرقًا أو غير مستغرق، ففي الأول لا يقسم؛ لأنه لا ملك لهم في التركة؛ لأن الدين المستغرق يمنع وقوع الملك في التركة عندنا فلهذا لا يقسم، وفي الوجه الثاني فالقياس أن لا يقسم ولكن يوقف الكل، وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء ويقسم الباقي فيما بينهم بناءً على أن الدين إذا لم يكن مستغرقًا هل يمنع ملك الوارث في التركة

....

أم لا؟ فالقياس أن لا يملك الوارث شيئاً من التركة؛ لأن ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين، وفي الاستحسان يملك التركة حتى لو كان الموروث جارية حلَّ له وطؤها استحساناً نفيًا للضرر عن الورثة؛ لأن التَّركة لا تخلو عن قليل الدين، وإذا ملكوا جميع التركة استحساناً كان يجب أن يقسم الكل بينهم، إلا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج إلى نقض قضائه، ولا يأخذ القاضي كفيلًا بشيء من ذلك، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ المُضَارَبَةِ

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في أوَّل الإقرار.

أمَّا محاسن المضاربة فقد ذكرها بعضها في الكتاب، وهو أن الله تعالى بحكمته البالغة خلقَ الخلقَ مختلف الطِّبائع ومتغاير الصَّنائع، لينتظم الائتلاف عند الاختلاف، ويرتفع الاعتساف عند الانتصاف، فكم من رجل مُتنوّق في الحِرَف وليس لآخر فيها من كِسْف، ولكن الآخر قِذْعَلٌ له قناطيرٌ مقنطرة من الذهب، والمتنوق غَيداقٌ صِنْتِيتٌ ليس له شيء إلا فضل كالضُّرَب وهو الغالب في صروف عنقفير الدهر وخنفقير العصر، وقد يحتاج ذلك الفاضل الغطريف إلى ما أنيل به العَقَنْجَح العِتْرِيف، وتارة ينعكس الأمر وتنقلب الجدد، وحيث يضطر هذا الدِّفناس مع صِيرته وفِيقته إلى فضل ذلك الهِرْمَاس ونيقته، وبإعانة كل واحد منهما للآخر بما ناله يستَتِب أمر كل واحد منهما فيما له، وبهما ينتظم أمر الدنيا والدين وبه حكمَ أحكم الحاكمين، وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ ٱلْأَرْضُ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿٢٥١﴾﴾ [البقرة: ٢٥١].(١)

(١) ذكر في هوامش بعض النُّسخ وتحت الأسطار في البعض معانِي الألفاظ المشكلة، واستفدنا في توضيح بعضها من المعاجم، وإليك توضيحها:

الاعتساف: الظلم، الانتصاف: العدل، مُتنوّق: النوَّاقُ من الرجال الذي يروض الأمورَ ويُصلحها، الكِسْفُ: والكِسْفَةُ واحدٌ، ومعناه القطعة من الشيء، يقال: أعطني كِسْفَةً من ثوبك. قِذْعَلٌ: أي: هيِّنٌ وخسيسٌ، غَيداقٌ: الرجل الكريم، والصِّنتيتُ: السيِّد الشريفُ، مثلُ الصِّنْدِيد سَوَاء؛ لأنه من باب الإبدال. =

....

فنحتاج هاهنا إلى بيان المضاربه لغة وشرعًا، وركنها، وشروطها المصحِّحة، والشروط الفاسدة فيها، وحكمها.

أمَّا تفسيرها لغة: فما هو المذكور في الكتاب حيث سُمِّي هذا العقد بها؛ لأن المضارب يسيرُ في الأرض غالبًا طلبًا للربح، وأهل المدينة يسمُّون هذا العقد بِها؛ لأن المضاربة مقارضة، وذلك مرويٌّ عن عثمان رضي الله عنه: «أنه دفع مالًا إلى رجل مقارضة»، وهي مشتقة من القرض وهو القطع، فصاحب المال قطع ذلك القدر من المال عن تصرفه وجعل التصرف فيه إلى العامل بِهذا العقد، إلا أنا اخترنا اللفظ الأول؛ لأنه موافق لكتاب الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضۡرِبُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ يَبۡتَغُونَ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، يعنِي السَّفر للتجارة.

وأمَّا تفسيرها شرعًا: فهي عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا، فيكون الربح لربِّ المال بسبب ماله؛ لأنه نماء ماله وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الذبح.

وأمَّا ركنها: فالألفاظ التي تثبت بِها المضاربة وهي أن يقول: دفعتُ هذا المال إليك مضاربةً، أو مقارضة، أو معاملة، أو خذ هذا المال فاعمل به على أن ما رزق الله تعالى من شيءٍ فهو بيننا نصفان، أو على أن لك ربعه أو خمسه أو عشره.

وأمَّا شرائطها المصحِّحة فكثيرة:

فمنها: أن يكون رأس المال من الأثمان المطلقة، فكل ما يصلح لرأس مال الشركة يصلح لرأس مال المضاربة وإلا فلا، وقد ذكرناه في الشركة.

ومنها: أن يكون الربح جزءًا مشاعًا في الجملة، وأمَّا إذا عين فقال: على أن لك من

= والعَنْقَفير: داهِيةٌ من دَواهي الزَّمان، والخَنْفَقير: أيضًا الداهِية، والغِطْريف: السّيد الشَّريف. والعَقَنْجَح العِتْرِيف: هو الأحمق الخبيث، والدَّفْنَاس: الأحمق، والصِّيرة: حظيرة الغنم، والهِرْماسُ: من أسماء الأسد.

....

الربح مائة درهم ونحوها لا يصح.

ومنها: انقطاع يد رب المال عن رأس المال حتى قالوا في المضارب: إذا دفع إلى رب المال مضاربة بالثلث، فالمضاربة الثانية فاسدة.

ومنها: إعلام قدر الربح؛ لأن الربح هو المعقود عليه فجهالته توجب فساد العقد.

ومنها: كون رأس المال معلومًا عند العقد، حتى لا يقعان في المنازعة في الثانِي والعلم به بأحد الطريقين: إما بالإشارة أو بالتسمية.

ومنها: أن يكون رأس المال عينًا لا دينًا، فالمضاربة بالديون لا تجوز، حتى أن من كان له على آخر ألف درهم فأمره صاحب الدين أن يعمل بها مضاربة لا تجوز المضاربة؛ لأن سبيل مال المضاربة أن يكون أمانة في يد المضارب؛ لأن المضارب أمين في حق رأس المال، ولا يتصور أن يكون المقارب أميناً فيما عليه من الدين.

وأمَّا الشروط الفاسدة فيها فعلى نوعين: نوع منها يفسد الشرط في نفسه وتبقى المضاربة كما كانت صحيحة، فإنه إذا قال رب المال للمضارب: لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر عملت فيها للمضاربة، فالمضاربة جائزة والشرط باطل، ولودفع ألفًا مضاربة بالنصف وعلى أن يدفع رب المال أرضه إليه ليزرعها سنةً، أو على أن يسكن داره سنةً فالشرط باطل والمضاربة جائزة، ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضاً له يزرعها رب المال سنةً، أو يدفع داره لرب المال يسكنها سنةً فسدت المضاربة؛ لأن رب المال جعل نصف الربح عوضًا عن عمله وأجرة للدار فصار حصة العمل مجهولة.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في أول المضاربة: أن المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وإذا شرط للمضارب ربح عشرة فسدت؛ لا لأنه شرط فاسد، لكن لأنه شرط تنتفي به الشركة في الربح.

وأمَّا حكمها: فنقول: حكم المضاربة شرعًا صيرورة المضارب وكيلًا بعد تسليم رأس المال إليه؛ لأنه أمره بالشراء ويكون رأس المال أمانة في يده؛ لأنه قبضه بإذن مالكه ليرده عليه

الْمُضَارَبَةُ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ؛ سُمِّيَ بِهَا؛ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بِسَعْيِهِ وَعَمَلِهِ، وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا، فَإِنَّ النَّاسَ بَيْنَ غَنِيٍّ بِالْمَالِ غَبِيٍّ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ، وَبَيْنَ مُهْتَدٍ فِي التَّصَرُّفِ صِفْرِ اليَدِ عَنْهُ، فَمَسَّتِ الحَاجَةُ إِلَى شَرْعِ هَذَا النَّوْعِ مِنَ التَّصَرُّفِ لِيَنْتَظِمَ مَصْلَحَةُ الغَبِيِّ وَالذَّكِيِّ وَالفَقِيرِ وَالغَنِيِّ.

وَبُعِثَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَالنَّاسُ يُبَاشِرُونَهُ فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ وَتَعَامَلَتْ

فكان بمنزلة المودع، وفي الانتهاء إذا ظهرَ الربح يكون شريكاً؛ لأنه يستحق بعض الربح، وإنما سمَّينا هذه الأشياء حكم المضاربة؛ لأن حكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت بالمضاربة هذا، كذا في «المبسوط»، و«التحفة»، و«الذخيرة»، و«المغرب» وغيرها.

وذكر في «الأسرار»: قال أصحابنا: المضاربة تنعقد لإيجاب الشركة في الربح، كالشركة تنعقد لإيجاب الشركة في العمل ورأس المال، لشركة المضاربة رأس المال من جانب صاحبه والعمل من جانب العامل لرب المال.

قوله: غَبِيٌّ عَنِ التَّصَرُّفِ، تقول: فلان غبيٌّ، على فعيل إذا كان قليل الفطنة، وهو واوي كالشقي، الصِّفر: بكسر الصاد الخالي يقال: بيت صفر من المتاع، ورجل صفر اليدين.

قوله: وَبُعِثَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالنَّاسُ يُبَاشِرُونَهُ، هذا بيان أن هذا العقد ثابت بالسنة، وقال في «المبسوط»: ثمَّ جواز هذا العقد عرف بالسنة والإجماع، فالسنة ما رُوي: «أن العباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مالًا مضاربةً شرط على المضارب أن لا يسلك به بحرًا، وأن لا ينزل به واديًا، ولا يشتري ذات كبد رطب، فإن فعل ذلك ضمن»، فبلغ ذلك رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فاستحسنه.

قوله: ثُمَّ المَدْفُوعُ إِلَى المُضَارِبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وإذا أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب، فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد على ذلك شهودًا ويسلمه إليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفع إلى المستقرض يستعين به في العمل، حتى أنه لو هلك في يده هلك كالقرض عليه، وإذا ربح ولم يهلك يكون الربح

بِهِ الصَّحَابَةُ، ثُمَّ المَدْفُوعُ إِلَى المُضَارِبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِأَمْرِ مَالِكِهِ لا عَلَى وَجْهِ البَدَلِ وَالوَثِيقَةِ، وَهُوَ وَكِيلٌ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِأَمْرِ مَالِكِهِ، وَإِذَا رَبِحَ فَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ لِتَمَلُّكِهِ جُزْءًا مِنَ المَالِ بِعَمَلِهِ، فَإِذَا فَسَدَتْ ظَهَرَتِ الإِجَارَةُ حَتَّى اسْتَوْجَبَ العَامِلُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَإِذَا خَالَفَ كَانَ غَاصِبًا لِوُجُودِ التَّعَدِّي مِنْهُ عَلَى مَالِ غَيْرِهِ.

قَالَ: (المُضَارَبَةُ عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ بِمَالٍ مِنْ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ) وَمُرَادُهُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ وَهُوَ يُسْتَحَقُّ بِالمَالِ مِنْ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ (وَالعَمَلِ مِنَ الجَانِبِ الآخَرِ) وَلَا مُضَارَبَةَ بِدُونِهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الرِّبْحَ لَوْ شُرِطَ كُلُّهُ لِرَبِّ المَالِ كَانَ بِضَاعَةً، وَلَوْ شُرِطَ جَمِيعُهُ لِلْمُضَارِبِ كَانَ قَرْضًا.

بينهما على الشرط، وحيلة أخرى أن يقرض جميع المال من المضارب إلا درهمًا واحدًا ويسلمه إليه، ثم إنَّهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهمًا ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملا جميعًا وشتَّى على أن الربح بينهما، ثمَّ بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال، فإذا هلك المال في يده فالقرض عليه على حاله، ولو ربح فالربح بينهما على الشرط، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: قَبَضَهُ بِأَمْرِ مَالِكِهِ لا عَلَى وَجْهِ البَدَلِ - احترازًا عن المقبوض على سوم الشراء - وَالوَثِيقَةِ، أي: لا على وجه التوثيق، احتراز عن الرهن.

قوله: فَإِذَا فَسَدَتْ ظَهَرَتِ الإِجَارَةُ حَتَّى اسْتَوْجَبَ العَامِلُ أَجْرَ مِثْلِهِ، بخلاف الشركة، فإن الشريك لا يستحق شيئًا سوى الربح المشروط في العقد، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَمُرَادُهُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ، يعني: لا الشركة في رأس المال مع الربح؛ لأن رأس المال لرب المال.

قوله: وَلَا مُضَارَبَةَ بِدُونِهَا، أي: بدون الشركة.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ) وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ مِنْ قَبْلُ، وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ عَرْضًا وَقَالَ بِعْهُ وَاعْمَلْ مُضَارَبَةً فِي ثَمَنِهِ جَازَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الإِضَافَةَ مِنْ حَيْثُ

قوله: وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ، وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، أو فلوسًا نافقة رائجة عند محمد رحمه الله، حتى أن المضاربة بما سوى هذه الأشياء لا تجوز إجماعًا، كذا في «الذخيرة».

وحاصله أن القروض لا تصلح لرأس مال المضاربة عندنا خلافًا لمالك رحمه الله، وكذلك الكيلي أو الوزني خلافاً لابن أبي ليلى، وقال مالك رحمه الله: المضاربة بالعروض تصح؛ لأن العروض مال متقوم يستربح عليه بالتجارة عادةً فيكون كالنقد فيما هو المقصود بالمضاربة، وكما يجوز بقاء المضاربة على العروض يجوز ابتداؤها بالعروض.

ولكنَّا نستدل بنهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن ربح ما لم يضمن، والمضاربة بالعروض تؤدي إلى ذلك؛ لأنَّها أمانة في يد المضارب وربما ترتفع قيمتها بعد العقد، فإذا باعها حصل الربح واستحق المضارب نصيبه من غير أن يدخل شيء في ضمانه، بخلاف النقد فإنه يشتري به، وإنما يقع الشراء بثمن مضمون في ذمته، فما يحصل له يكون ربح ما قد ضمن، وأمَّا إذا كان رأس المال مكيلًا أو موزونًا من غير النقود فالمضاربة فاسدة أيضاً، وقال ابن أبي ليلى: هي جائزة؛ لأنَّها من ذوات الأمثال فيمكن تحصيل رأس المال بمثل المقبوض ثمَّ قسمنا الربح بينهما، وحجتنا في ذلك أن المكيل أو الموزون يتعين في العقد كالعروض، وأول التصرف بِها يكون بيعًا وقد يحصل بِهذا البيع ربح بأن يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك، فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا استئجارًا للبيع بأجرة مجهولة، وذلك باطل كما في العروض، كذا في «المبسوط».

قوله: وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً فِي ثَمَنِهِ جَازَ، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز، دليلنا أنه جعل إليه الشراء بثمن ما جعل إليه بيعه فجاز أن يصح، كما لو قال: وكلتك ببيع هذا العبد وشراء هذا بثمنه، والمسألة مبنية على جواز تعليق الوكالة بالحظر، كذا في «شرح الأقطع».

قوله: لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الإِضَافَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِجَارَةٌ، أي: لأن عقد المضاربة يقبل

إِنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِجَارَةٌ فَلَا مَانِعَ مِنَ الصِّحَّةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهُ اقْبِضْ مَا لِي عَلَى فُلَانٍ وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً جَازَ؛

الإضافة إلى زمان في المستقبل؛ لأن عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والإجارة لما عرف، وكل واحد منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل، فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلًا للإضافة إلى زمان في المستقبل أيضـًا؛ لئلا يخالف الكل للجزء، فإن الشذور الذهبية من جوهر الذهب لا محالة.

وذكر في «الإيضاح»: وإضافة عقد المضاربة إلى زمان في المستقبل جائز؛ لأنَّا إن اعتبرنا معنى الوكالة أو الوديعة أو الإجارة فليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الإضافة إلى الوقت في المستقبل فكذلك في المضاربة.

وفي «المبسوط»: ولو قال: بع عبدي هذا واقبض ثمنه واعمل فيه مضاربة بالنصف، فهو جائز على ما اشترطا؛ لأنه وكله ببيع العبد أوَّلًا فكان بيع الوكيل له كبيعه بنفسه، ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض من الدراهم أو الدنانير وهو أمانة في يد الوكيل فقد وجد شرط صحة المضاربة، وأكثر ما فيه أنه أضاف عقد المضاربة إلى ما بعد البيع وقبض الثمن؛ وذلك لأن لا يفسد المضاربة غير أنِّي أكره أن يقول: بِعْه وخذ الثمن مضاربة على أن الربح بيننا نصفين؛ لأن بيع العبد ليس من المضاربة وقد صار كأنه شرطه فيها، فلهذا أكرهه، فإن شبهة الشرِّ كحقيقته في وجوب التحرز عنه، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «من اتقى الشبهات سلم له دينه».

وأمَّا إذا قال: خذ هذا العبد مضاربة وقيمته ألف درهم على أن رأس مالي قيمته، على أن تبيعه وتشتري بثمنه وتبيع فيما رزق الله تعالى على أن الربح بيننا نصفان، فهذه مضاربة فاسدة؛ لأن رأس المال فيها العبد وهو يتعين كسائر العروض، ولا يمكن أن تجعل قيمته رأس المال؛ لأن القيمة تختلف باختلاف المقومين ولا يمكن تحصيلها هيّنـًا ليظهر الربح بعدها.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهُ: اقْبِضْ مَا لِي عَلَى فُلَانٍ وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً جَازَ، وكذا إذا قال للأجنبي: اقبض من المديون جميع مالي عليه واعمل به مضاربة بالنصف، فقبض المأمور

لِمَا قُلْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُ اعْمَلْ بِالدَّيْنِ الَّذِي فِي ذِمَّتِكَ حَيْثُ لا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ؛

نصف ما على المديون ثم عمل به مضاربة فهو جائز.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا قال للأجنبي: فاقبض جميع الألف التي لي على فلان ثم اعمل بِها مضاربة، فقبض المأمور نصف ما على المديون وعمل به مضاربة، فإنه لا يجوز وكلتا الصورتين مستويتان، إلا أن الأولى بالواو والثانية بثمَّ.

قلتُ: إنَّما نشأ الفرق أيضـًا من ذاك؛ وذلك لأن حرف (ثمَّ) للتعقيب مع التراخي، فهو أخَّر الأمر بالعمل مضاربة عن قبض جميع المال، فما لم يقبض جميع الألف لا يأتِي، أو أن العمل بالواو مضاربة، وإذا عمل بالبعض قبل أن يقبض الكل كان مخالفًا، ألا ترى أنه لو قال لزوجته: اقبضي جميع المال الذي على فلان ثم أنت طالق، فقبضت البعض دون البعض لم تطلق، ولو قال: اقبضي جميع الألف التي على فلان وأنت طالق طلقت للحال قبل أن تقبض شيئـًا إذا لم يرد الزوج واو الحال.

وأمَّا في قوله: اقبض من المديون جميع مالي عليه واعمل به مضاربة فهو على المضاربة؛ لأن رأس المال فيه ما قبضه اعتبارًا للبعض بالكل؛ لأن الواو للعطف من غير أن تقتضي الترتيب فكان هو في كل جزء من المال مأمورًا بالقبض والعمل به مضاربة، فإذا قبض البعض وعمل به كان ممتثلًا أمر رب المال، كذا ذكر في باب شراء المضارب وبيعه من مضاربة «المبسوط».

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى **قوله: لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الإِضَافَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَوْكِيلٌ**.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُ اعْمَلْ بِالدَّيْنِ الَّذِي فِي ذِمَّتِكَ حَيْثُ لا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ، أي: بالاتفاق فكان قوله بعد ذلك: **لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ**، **وقوله: وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ**، لبيان التخريج لا لبيان الاختلاف في عدم صحة المضاربة، فكان عدم صحة المضاربة هاهنا من قبيل المسائل التي فيها اتفاق الجواب على اختلاف التخريج، كما قلنا نحن والشافعي رحمه الله بعدم جواز البيع في بيع السمسم المقدر شرعًا إلا عند المساواة بالاتفاق على اختلاف التخريج، ومثله كثير.

لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يَصِحُّ هَذَا التَّوْكِيلُ عَلَى مَا مَرَّ فِي البُيُوعِ.
وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ لكِنْ يَقَعُ المِلْكُ فِي المُشْتَرَى لِلْآمِرِ فَيَصِيرُ مُضَارَبَةً بِالعَرَضِ.

قوله: لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لا يَصِحُّ هَذَا التَّوْكِيلُ، فلما لم يصح التوكيل كان المشتري مشتريًا إيَّاه لنفسه، فلا يصلح أن يكون رأس مال المضاربة من مال المضارب فلا تصح المضاربة عنده لذلك.

قوله: عَلَى مَا مَرَّ فِي البُيُوعِ، أي: في بيوع الوكالة، وهي باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة، لا من كتاب البيوع وهي قوله: قَالَ: وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا العَبْدَ، إلى آخره، واصل الاختلاف بينهم في الوكالة راجع إلى أن الدراهم والدنانير هل يتعينان في الوكالة أم لا؟ عندهما لا يتعينان كما في سائر المعاوضات، وعند أبي حنيفة رحمه الله يتعين فيها.

وذكر في «الإيضاح»: ولا تجوز المضاربة عند أصحابنا بدين، وأنه على وجهين:

أحدهما: أن يكون الدين على إنسان فيقول له اعمل بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف، وإن اشترى بها وباع فجميع ذلك للمشتري والدين في الذمة بحاله في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يكون مشتريًا للآمر والمضاربة لا تصح، وهذا يُبتنى على الأصل وهو أنه إذا وكله بالشراء بالدين في ذمته لم يصح في قول أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما فمذهبهما ظاهر وهو أن الشراء لا يتعلق بالدين، فإن الدراهم العين لا تتعين بالتعيين في العقد فالدين أَوْلَى، وإذا لم يتعين بقي الأمر بالشراء مطلقًا، ثم أمره أن ينقد ما عليه منه فكان جائزًا، وأبو حنيفة رحمه الله يقول بأن الدراهم وإن كانت لا تتعين في الشراء ولكنَّها تتعين في الوكالة، وإذا أمره بالشراء بِها فقد أمره بما لا يتصور؛ لأن المضاربة تقتضي أن يكون رأس المال فيهما ممَّا لا يتعين بالتعين، فلم يصح الأمر أصلًا فوقع الشراء للمأمور، وإنَّما لم تصح المضاربة على أصلهما؛ لأن الشراء وقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض فلا تصح.

والوجه الثاني: في الدين هو أن يكون الدين على ثالث فقال له: اقْبِضْ مَا لِي عَلَى فُلَانٍ وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً جَازَ؛ لأنه أضاف المضاربة إلى حين القبض، وحين القبض يصلح أن

قَالَ: (وَمِنْ شَرْطِهَا أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا لا يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً) مِنَ الرِّبْحِ لِأَنَّ شَرْطَ ذَلِكَ يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ بَيْنَهُمَا وَلا بُدَّ مِنْهَا كَمَا فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ زِيَادَةَ عَشَرَةٍ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ) لِفَسَادِهِ فَلَعَلَّهُ لا يَرْبَحُ إِلَّا هَذَا الْقَدْرَ فَتَنْقَطِعُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ ابْتَغَى عَنْ مَنَافِعِهِ عِوَضًا وَلَمْ يَنَلْ لِفَسَادِهِ، وَالرِّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ، وَهَذَا هُوَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ وَلا تُجَاوِزُ بِالأَجْرِ الْقَدْرَ الْمَشْرُوطَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ كَمَا بَيَّنَّا فِي الشَّرِكَةِ، وَيَجِبُ الأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَرْبَحْ فِي رِوَايَةِ الأَصْلِ لِأَنَّ أَجْرَ الأَجِيرِ يَجِبُ بِتَسْلِيمِ الْمَنَافِعِ أَوِ الْعَمَلِ وَقَدْ وُجِدَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَجِبُ اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ الصَّحِيحَةِ مَعَ أَنَّهَا فَوْقَهَا،

يكون رأس المال والإضافة إلى زمان في المستقبل جائز على ما ذكرنا.

قوله: فَإِنْ شَرَطَ - لأحدهما - زِيَادَةَ عَشَرَةٍ، بالفاء وهي للتفسير، زِيَادَةَ عَشَرَةٍ، أي: على المشروط كالنصف والثلث.

قوله: وَلا تُجَاوِزُ بِالأَجْرِ الْقَدْرَ الْمَشْرُوطَ ... خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، أي: عنده تجاوز ويبلغ بالغًا ما بلغ.

قوله: وَيَجِبُ الأَجْرُ، يعني: إذا فسدت المضاربة.

قوله: لِأَنَّ أَجْرَ الأَجِيرِ يَجِبُ بِتَسْلِيمِ الْمَنَافِعِ - كما في أجير الوحد فإنه يسلم نفسه، وفي تسليم نفسه تسليم منافع نفسه - أَوِ الْعَمَلِ، أي: يجب الأجر بتسليم العمل كما في الأجير المشترك.

قوله: لا يَجِبُ اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ الصَّحِيحَةِ - وفي الصحيحة إذا لم يربح لا يستحق شيئًا، فكذلك في المضاربة الفاسدة - مَعَ أَنَّهَا فَوْقَهَا، أي: مع أن المضاربة الصحيحة فوق

وَالمَالُ فِي المُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالهَلَاكِ اعْتِبَارًا بِالصَّحِيحَةِ؛ وَلِأَنَّهُ عَيْنٌ مُسْتَأْجَرَةٌ فِي يَدِهِ،

المضاربة الفاسدة في إمضاء حكمها وفي استحقاق الربح، ولم يجب شيء في الصحيحة إذا لم يربح، ففي الفاسدة أَوْلَى أن لا يجب شيء.

فإن قلتَ: ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل الصحيح لأبي يوسف رحمه الله؟ وهو أن العقد الفاسد يُؤخذ حكمه أبدًا من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد.

قلتُ: جوابه وهو أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع، وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة، والمضاربة الفاسدة تنعقد إجارة فإنما تعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الآخر عند إيفاء العمل، ولو تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالمَالُ فِي المُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالهَلَاكِ، ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه ضامن للمال فقيل: المذكور في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وهو بناء على اختلافهم في الأجير المشترك إذا تلف المال في يده من غير صنعة، فإن هذا العقد انعقد إجارة وهو بمنزلة الأجير المشترك؛ لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد، والأجير المشترك عند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن إذا هلك المال في يده من غير صنعه، وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه، فكذلك الحكم في كل مضاربة فاسدة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّهُ عَيْنٌ مُسْتَأْجَرَةٌ فِي يَدِهِ، أي: رأس مال المضاربة عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الوحد، وبهذا التعليل تبيَّن أن المضارب بمنزلة أجير الوحد، من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر؛ لأن العين الواحد لا يتصور أن تكون مستأجرًا لمستأجرين في الوقت الواحد، كما لا يمكن أجير الوحد من أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد، وهذا الذي ذكره في الكتاب بأن المال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك قول الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله، وما ذكره بأنه مضمون

وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبْحِ يُفْسِدُهُ لِاخْتِلَالِ مَقْصُودِهِ، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لا يُفْسِدُهَا، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ

عندهما بناء على الخلاف المذكور المعروف قول الطحاوي رحمه الله.

والفرق لهما بين الأجير المشترك وبين المضارب في المضاربة الفاسدة على تخريج الفقيه أبي جعفر في أن مال المضاربة الفاسدة غير مضمون بالاتفاق، والذي عند الأجير المشترك مضمون عندهما هو أن المضاربة متى فسدت فهي إجارة معنى، من حيث أن المضارب ابتغى بعمله عوضًا، ومضاربة لفظًا، فعملنا بالمعنى وأوجبنا له أجر مثل عمله ربح أو لم يربح كما لو استأجره، وعملنا باللفظ وجعلنا المال أمانة في يده، فأمَّا الإجارة الفاسدة إجارة لفظًا ومعنًى وكان الأجير أجيرًا مشتركًا لفظًا ومعنًى، فيكون المال مضمونًا عند الأجير المشترك عندهما إلا أن يكون الهلاك بأمر لا يمكن التحرز عنه، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبْحِ يُفْسِدُهُ، أي: يفسد عقد المضاربة؛ لأن الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، نحو أن يعقد عقد المضاربة بشرط أن يدفع المضارب أرضه سنةً إلى رب المال ليزرعها رب المال، أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة؛ لأنه جعل نصف الربح عوضًا عن عمله وأجرة الدار، فصار حصة العمل مجهولة فلم يصح، بخلاف ما إذا عقدا عقد المضاربة بشرط أن يدفع رب المال أرضه إلى المضارب ليزرعها سنة، أو على أن يسكن داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة؛ لأنَّه ألحق بِها شرطا فاسدًا فبطل الشرط، كذا في «الإيضاح».

وكذلك لو ردَّد في الربح أيضًا تفسد المضاربة نحو أن يقول: بشرط أن يكون لك ثلث الربح أو نصفه لجهالة الربح.

قوله: وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لا يُفْسِدُهَا، أي: وغير الشرط الذي يوجب الجهالة في الربح لا يفسد المضاربة، بل يبطل نفس ذلك الشرط.

فإن قلتَ: هذا الكلي منقض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله: وَشَرْطُ العَمَلِ عَلَى رَبِّ المَالِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ، فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي؛ لأن هذا الشرط لا يوجب

كَاشْتِرَاطِ الوَضِيعَةِ عَلَى المُضَارِبِ.

جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة، وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة؛ لأنه غير الذي يوجب جهالة في الربح؟

قلتُ: نعم كذلك إلا أنه يحتمل أن يريد بقوله: وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لا يُفْسِدُهَا، الشرط الذي لا يمنع موجب العقد، وأمَّا إذا كان شرطـًا يمنع موجب العقد يفسد بسببه العقد؛ لأن العقد إنَّما شرع لإثبات موجبه، فما من شرط منع موجب العقد كان العقد لغوًا، وإن كان ذلك العقد مما لا يفسد بالشروط الفاسدة كالنكاح بشرط التوقيت، فإن ذلك النكاح باطل مع أن عقد النكاح أبطل النكاح، فكذلك هاهنا لمَّا لم يتمكن المضارب من التصرف والعمل في مال المضاربة بسبب هذا الشرط فسد عقد المضاربة.

ولا يقال: لم يفسد ذلك الشرط نفسه؛ لأنَّا نقول: لا يفسد ذلك الشرط نفسه كما لم يفسد شرط التوقيت نفسه في النكاح؛ وهذا لأن المتعاقدين لمَّا شرطا شرطـًا لا يمكن الجري على موجب العقد بسبب ذلك الشرط كان ذلك العقد غير مفيد حكمه، وكل عقد لا يفيد حكمه فهو لغو من الكلام.(١)

قوله: كَاشْتِرَاطِ الوَضِيعَةِ عَلَى المُضَارِبِ، الوضيعة: اسم لجزء هالك من المال، ولا يجوز أن يلزم غير رب المال، إلا أنه لم يوجب الجهالة في الربح فلم تفسد المضاربة.

وذكر في «الإيضاح»، و«الذخيرة» في هذا الموضع: مثل أن يشترطا الوضيعة عليهما،

---

(١) سقط النص في بعض النُّسخ من: قوله: وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لا يُفْسِدُهَا، أي: وغير الشرط الذي إلخ، (في الصفحة السابقة) إلى هاهُنا، وهو موجود في أكثرها.

وفي هامش نسخة يوسف آغا (يغ) حاشية جاء فيها بعد النص المذكور:

أقول: هذا الجواب لا يشفي الغليل؛ لأن كون المراد بقوله: وَغَيْرُ ذَلِكَ، الشرط الذي لا يمنع موجب العقد، مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المذكور لعمد، ومفسد لما هو المقصود في المقام؛ إذ المقصود هاهُنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة، فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله: وَغَيْرُ ذَلِكَ، الشرط الذي لا يمنع موجب العقد، يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجـًا عن مسمًّى هذا الأصل، فلا يتحقق الانضباط.

قَالَ: (وَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المَالُ مُسَلَّمًا إِلَى المُضَارِبِ وَلا يَدَ لِرَبِّ المَالِ فِيهِ)؛ لِأَنَّ المَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ؛ لِأَنَّ المَالَ فِي المُضَارَبَةِ مِنْ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ وَالعَمَلَ مِنَ الجَانِبِ الآخَرِ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَخْلُصَ المَالُ لِلْعَامِلِ لِيَتَمَكَّنَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ. أَمَّا العَمَلُ فِي الشَّرِكَةِ مِنَ الجَانِبَيْنِ فَلَوْ شَرَطَ خُلُوصَ اليَدِ لِأَحَدِهِمَا لَمْ تَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ، وَشَرْطُ العَمَلِ عَلَى رَبِّ المَالِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ خُلُوصَ يَدِ المُضَارِبِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَلَا يَتَحَقَّقُ المَقْصُودُ سَوَاءٌ كَانَ المَالِكُ عَاقِدًا أَوْ غَيْرَ عَاقِدٍ كَالصَّغِيرِ؛ لِأَنَّ يَدَ المَالِكِ ثَابِتَةٌ لَهُ، وَبَقَاءُ يَدِهِ يَمْنَعُ

ولكن ذكر في «التحفة» كلا اللفظين فقال: وإن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط ويصح العقد، مثل أن يشترط الوضيعة على المضارب أو عليهما فالشرط يبطل ويبقى العقد صحيحًا.

قوله: لِأَنَّ المَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ؛ ولأن فيها معنى الإجارة من حيث أنه شرط بمقابلة عمله بدل فيجب العمل فيها بمعنى الإجارة، فعملنا به في تسليم رأس المال؛ لأن تسليم محل العمل في الإجارة شرط جواز الإجارة.

وحكى القاضي الإمام أبو عاصم العامري عن الفقيه محمد بن إبراهيم الضرير رحمهما الله: إذا شرط رب المال لنفسه أن يتصرف في المال بانفراده متى بدا له، وأن يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده متى بدا له جازت المضاربة، وإنما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضارب إذا شرط العمل جملةً؛ لأنه حينئذٍ لا يصير المال مسلماً إلى المضارب، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَلَوْ شَرَطَ خُلُوصَ اليَدِ لِأَحَدِهِمَا لَمْ تَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ؛ لأن الشركة انعقدت على العمل منهما، فمتى شرطنا انتفاء يد رب المال منه لم تنعقد الشركة أصلًا، كذا في «الإيضاح».

قوله: سَوَاءٌ كَانَ المَالِكُ عَاقِدًا أَوْ غَيْرَ عَاقِدٍ كَالصَّغِيرِ، صورته: أن الأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربةً وشرطا عمل الصغير لا يجوز؛ لأن الصغير إذا كان مالكاً كانت

التَّسْلِيمَ إِلَى المُضَارِبِ، وَكَذَا أَحَدُ المُتَفَاوِضَيْنِ وَأَحَدُ شَرِيكَيِ العِنَانِ إِذَا دَفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً وَشَرَطَ عَمَلَ صَاحِبِهِ لِقِيَامِ المِلْكِ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَاقِدًا، وَاشْتِرَاطُ العَمَلِ عَلَى العَاقِدِ مَعَ المُضَارِبِ وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ يُفْسِدُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ المُضَارَبَةِ فِيهِ كَالمَأْذُونِ، بِخِلَافِ الأَبِ وَالوَصِيِّ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ أَنْ يَأْخُذَا مَالَ الصَّغِيرِ مُضَارَبَةً بِأَنْفُسِهِمَا فَكَذَا اشْتِرَاطُهُ عَلَيْهِمَا بِجُزْءٍ مِنَ المَالِ.

يده على المال بجهة الملك كالكبير، فبقاء يده يمنع كونه مسلماً إِلَى المُضَارِبِ، وَكَذَا أَحَدُ المُتَفَاوِضَيْنِ وَأَحَدُ شَرِيكَيِ العِنَانِ إِذَا دَفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً وَشَرَطَ عَمَلَ صَاحِبِهِ، أي: مفسد للعقد؛ لأن للشريك فيه ملكاً فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك.

قوله: وَاشْتِرَاطُ العَمَلِ عَلَى العَاقِدِ مَعَ المُضَارِبِ وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ يُفْسِدُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ المُضَارَبَةِ فِيهِ - أي: في المال - كَالمَأْذُونِ، بِخِلَافِ الأَبِ وَالوَصِيِّ، معنى هذا أن العاقد إذا لم يكن مالكاً فيشترط أن يتصرف في المال مع المضارب، فإن كان العاقد ممَّن يجوز أن يأخذ ماله مضاربة لم تفسد المضاربة، كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربةً وشرطا على أنفسهما أن يعملا مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز؛ لأنَّهما لو أخذا المال مضاربة بأنفسهما جاز، فكذلك إذا شرطا عملهما مع المضارب وصارا كالأجنبيين، وإن كان العاقد ممَّن لا يجوز أن يأخذ المال مضاربةً فشرط عمله يفسد العقد، كالمأذون يدفع مالاً مضاربةً ويشترط عمله مع المضارب؛ لأن المأذون وإن لم يكن مالكاً لذاته ولكن يد التصرف ثابتة فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف، وكان قيام يده مانعاً لصحة المضاربة، وإن شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة، لأن المولى مالك للمال، فإذا حصل المال في يده فقد وجد يد المالك فلا تتم المضاربة، وإن كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا حقَّ للمولى فيه فصار كالأجنبي، وأمَّا المكاتب إذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة؛ لأن المولى أبعد من مال المكاتب منه من مال المأذون؛ لأنه ليس له أن ينزعه من يده أصلًا فصار كالأجنبي، كذا في «الإيضاح».

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتِ المُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ وَيُوَكِّلَ وَيُسَافِرَ وَيُبْضِعَ وَيُودِعَ) لِإِطْلَاقِ العَقْدِ وَالمَقْصُودُ مِنْهُ الِاسْتِرْبَاحُ وَلَا يَتَحَصَّلُ إِلَّا بِالتِّجَارَةِ، فَيَنْتَظِمُ العَقْدُ صُنُوفَ التِّجَارَةِ وَمَا هُوَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَالتَّوْكِيلُ مِنْ صَنِيعِهِمْ، وَكَذَا الإِبْضَاعُ وَالإِيدَاعُ وَالمُسَافَرَةُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ المُودِعَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ فَالمُضَارِبُ أَوْلَى، كَيْفَ وَأَنَّ اللَّفْظَ دَلِيلٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا مُشْتَقَّةٌ مِنَ الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ

قوله: وَإِذَا صَحَّتِ المُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً، هو أن لا يكون مقيدًا بزمان ولا مكان فقال في «الذخيرة»: وإذا دفع مالًا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه جناية مطلقة وله أن يشتري به ما بدا له من سائر التجارات؛ لأن المطلق يتناول الأنواع كلها، وله أن يعمل ما هو من عادات التجار كالإبضاع.

قوله: جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ، أي: بالنقد والنسيئة عندنا، وقال ابن أبي ليلي رحمه الله: ليس له أن يبيع بالنسيئة؛ لأن ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة والتصرف فيه، فيكون ضدًا لما هو مقصود رب المال بمنزلة الإقراض، ألا ترى أن البيع بالنسيئة من المريض يعتبر من الثلث فعرفنا أنه بمنزلة التبرع، ولكنا نقول: البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو أقرب إلى تحصيل مقصود رب المال وهو الربح، فالربح في الغالب إنما يحصل بالبيع بالنسيئة دون البيع بالنقد؛ ولأن تسليط المضارب على المال ليس بمقصود رب المال، إنما مقصوده تحصيل الربح بطريق التجارة وذلك حاصل، والدليل على أن البيع بالنسيئة تجارة مطلقة قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فبهذا تبيَّن أن التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك إلا البيع بالنسيئة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ، وفي «المبسوط»: وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه ليس له أن يسافر به ما لم يأذن له فيه صاحب المال؛ لأن فيه تعريض المال على الهلاك، وجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب بأن اشتقاق المضاربة من الضرب في الأرض، وإنما يتحقق ذلك بالمسافرة إلى آخره،

وَهُوَ السَّيْرُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ. وَعَنْهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ إِنْ دَفَعَ فِي بَلَدِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ؛ لِأَنَّهُ تَعْرِيضٌ عَلَى الهَلَاكِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ وَإِنْ دَفَعَ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ إِلَى بَلَدِهِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المُرَادُ فِي الغَالِبِ، وَالظَّاهِرُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ.

قَالَ: (وَلَا يُضَارِبُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ المَالِ أَوْ يَقُولَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ)؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ لِتَسَاوِيهِمَا فِي القُوَّةِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّنْصِيصِ عَلَيْهِ أَوِ التَّفْوِيضِ المُطْلَقِ

ثم قال: ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: إذا دفع المال في مِصره وهو من أهل ذلك المصر فليس له أن يسافر به، وإن دفع المال في غير مصره فله أن يسافر به؛ لأن الغالب في المقام أن الإنسان يرجع إلى وطنه ولا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع، فلمَّا أعطاه مع علمه أنه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه دليل الرضا بالمسافرة بالمال عند رجوعه إلى وطنه، وذلك لا يوجد فيما إذا دفع المال إليه وهو مقيم في مصره، ولكن هذا التفصيل فيما له حمل ومؤنة بناء على ما روينا عن أبي يوسف رحمه الله في المودع: أنه لا يسافر بالوديعة إذا كان لها حمل ومؤنة. م.

وقوله: وَالظَّاهِرُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، إشارة إلى قوله: وَالمُسَافَرَةُ، أي: المسافرة من صنيع التجار فينتظم العقد لما هو من صنيع التجار.

قوله: لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ - أي: لا يستبقه - لِتَسَاوِيهِمَا فِي القُوَّةِ.

فإن قلتَ: يشكل على هذا جواز إذن المأذون لعبده، فإن المولى إذا أذن لعبده في التجارة واشترى عبده المأذون عبدًا فأذن له في التجارة فإنه يجوز سواء كان عليه دين أو لم يكن، والإذن مثل الإذن ومع ذلك تضمنه هناك، والرواية في «شرح الطحاوي»، و«الذخيرة»، و«الإيضاح».

وكذلك يشكل على هذا أيضـًا جواز الكتابة للمكاتب، والإجارة للمستأجر، والإعارة للمستعير، بأنه يجوز للمكاتب أن يكاتب عبده، وللمستأجر أن يؤاجر، وللمستعير أن يعير

إِلَيْهِ وَكَانَ كَالتَّوْكِيلِ، فَإِنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ إِلَّا إِذَا قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك، بِخِلَافِ الإِيدَاعِ وَالإِبْضَاعِ؛ لِأَنَّهُ دُونَهُ فَيَتَضَمَّنُهُ.

فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، وهذه الأشياء كلها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها فما وجهه؟

قلتُ: أمَّا على رواية «شرح الطحاوي» فلا يشكل؛ لأنه قال: والأصل أن الشيء يتضمن ما هو مثله أو دونه ولا يتضمن ما هو فوقه، فتضمَّن الإذنُ الإذنَ والكتابةُ الكتابةَ وكذا في غيرها؛ لأنه مثله، وأمَّا على هذه الرواية: فإنما افترقت المضاربة والإذن في التجارة من حيث تضمن الأمانة وعدم تضمنها، فإن أول العقود التي تضمنها المضاربة الأمانة، وليس للمودع أن يودع إلى آخر إلا أن يأذن المالك، فكذلك ليس للمضارب أن يضارب إلا بإذن المالك، ولا كذلك إذن العبد في التجارة؛ لأن الثابت بالإذن في التجارة فك الحجر عن التجارة، ثمَّ العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالكية الأصلية.

وعن هذا قلنا: أن الإذن بالتجارة لا يتخصص بنوع دون نوع، بل الإذن في نوع يكون إذناً في الأنواع كلها، وكذلك لا يتخصص بمكان دون مكان ولا بزمان دون زمان، بل يعم الأماكن والأزمان كلها، ولمَّا كان كذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة إسقاط الملك عن العبد بالإعتاق؛ لأن فك الحجر عبارة عن إسقاطه، ثمَّ المعتق يعتق عبده وكذلك المأذون يأذن عبده، وأمَّا المضاربة ففيها معنى الوديعة والوكالة كما أن المودع لا يودع والوكيل لا يوكل، فكذلك المضارب لا يضارب، والمعنى فيه أن الإذن لمَّا كان بناؤه على التعميم في صنوف التجارة تناول الإذن أيضاً؛ لأن الإذن من صنيع التجار فملكه المأذون، وأمَّا المضاربة فليست هي في اقتضاء التعميم مثل الإذن، ألا ترى أنَّها تتخصص بما خصه في نوع من أنواع التجارة، وكذلك تخصص بالزمان والمكان عند التخصيص بخلاف الإذن؛ ولأن فيها معنى الأمانة والوكالة وإن كانت المضاربة تتناول المضاربة من حيث أنَّها من صنيع التجار، ولكن لا تتناولها من حيث أن فيها معنى الأمانة والوكالة، والأصل عدم التناول فلا تتناول المضاربة بالشك، كذا في «الذخيرة» وغيرها.

وأمَّا الجواب عن فصل الكتابة والإجارة والإعارة فتجيء في مواضعها.

وَبِخِلَافِ الإِقْرَاضِ حَيْثُ لا يَمْلِكُهُ. وَإِنْ قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ؛ لِأَنَّ المُرَادَ مِنْهُ التَّعْمِيمُ فِيمَا هُوَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ وَلَيْسَ الإِقْرَارُ مِنْهُ وَهُوَ تَبَرُّعٌ كَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ فَلَا يَحْصُلُ بِهِ الغَرَضُ وَهُوَ الرِّبْحُ؛ لِأَنَّهُ لا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، أَمَّا الدَّفْعُ مُضَارَبَةً فَمِنْ صَنِيعِهِمْ، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالخَلْطُ بِمَالِ نَفْسِهِ فَيَدْخُلُ تَحْتَ هَذَا القَوْلِ.

قَالَ: (وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ المَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ أَوْ فِي سِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا لَمْ يَجُزْ

وفي «المبسوط»: ولا يدفع المال مضاربة؛ لأن بالدفع مضاربة يستوي غيره بنفسه في حق الغير وهو لا يملك ذلك، ألا ترى أن الوكيل بالبيع مطلقاً لا يوكل به غيره؛ ولأنه يوجب لغيره شركة في الربح، ورب المال لم يرض بالشركة لغيره في ربح ماله ولا يشاركه به أيضاً؛ لأن الشركة بمنزلة الدفع مضاربة أو أقوى منه، ثم قال:

فإن قيل: أليس أن المضارب بإذن العبد من مال المضاربة في التجارة ويصح ذلك منه، وإطلاق التصرف بالإذن في التجارة بمنزلة الدفع مضاربة أو فوقه، قلنا: قد روى بن رستم عن محمد رحمهما الله أنه لا يملك الإذن في التجارة بمنزلة الدفع مضاربة، وأمَّا الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن المأذون لا يصير شريكاً في الربح فيكون الإذن في التجارة نظير الإبضاع، لا نظير الدفع مضاربة والشركة به، وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه.

قوله: وَإِنْ قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ، هذا وأمثاله يجيء بعد هذا في فصل فيما يفعله المضارب، مفصلة أنواعه.

قوله: لِأَنَّهُ لا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، أي: على القرض، فإنه إذا أقرض عشرة ليستوفي منه أحد عشر لا يجوز، فلمَّا لم يحصل الربح الذي هو الغرض لم يتناوله اللفظ الذي هو موضوع لتحصيل هذا الغرض وهو لفظ المضاربة.

قوله: فَيَدْخُلُ تَحْتَ هَذَا القَوْلِ، وهو قوله: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ؛ لأن الشركة والخلط بماله من صنيع التجار، فيملكهما المضارب عند هذا القول.

قوله: وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ المَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ، هذا احتراز عن سوق بعينه، فإن

لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهَا)؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ. وَفِي التَّخْصِيصِ فَائِدَةٌ فَيَتَخَصَّصُ، وَكَذَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِضَاعَةً إِلَى مَنْ يُخْرِجُهَا مِنْ تِلْكَ الْبَلْدَةِ؛ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الإِخْرَاجَ بِنَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُ تَفْوِيضَهُ إِلَى غَيْرِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ خَرَجَ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْبَلَدِ فَاشْتَرَى ضَمِنَ) وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَلَهُ رِبْحُهُ؛ لِأَنَّهُ

ذلك غير مقيَّد حتى جاز له أن يتجاوز السوق التي عيَّنها، إلا إذا صرح التخصيص بطريق النهي فقال: لا تعمل في غير هذا السوق، فحينئذٍ يتقيد بذلك السوق الذي عيَّنه على ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَفِي التَّخْصِيصِ فَائِدَةٌ فَيَتَخَصَّصُ، والفائدة بوجوه:

أحدها: أنه قصد صيانة ماله عن خطر الطريق، فإن المال في السفر بعرضيَّة التلف والقطع، إليه أشار رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم في قوله: «المسافر وماله على تلف إلا ما وقاه الله تعالى»، والمودع لو قال للمودع: احفظ الوديعة بالكوفة تجبُ مراعاة هذا الشرط عليه، فكذا هذا.

والثاني: أنه قصد صيانة ماله عن خيانة المضارب، فإنه إذا كان يعمل بالكوفة لو قصد الخيانة في ماله أمكنه المنع عنها، فكان شرطاً مقيدًا.

والثالث: أن الأسعار من حيث الغلاء والرخص تختلف باختلاف البلدان، وكذا النقود تختلف باختلاف البلدان من حيث الجودة والرداءة، فكان شرطاً مفيدًا.

والرابع: أن المضارب ما دام في المصر لا يستحق النفقة في مال المضاربة، وفي السفر يستحقها في مال المضاربة فكان الشرط مفيدًا، والشرط متى كان مفيدًا يجب اعتباره، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام المحبوبي رحمهما الله.

قوله: فَاشْتَرَى ضَمِنَ، - لم يرد به ابتداء الضمان بالشراء، بل الضمان واجب بالإخراج عنها لكن أراد به استقرار الضمان على ما ذكر في الكتاب - **وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ**، أي: وكان المشتري ملكاً خاصًا للمضارب.

تَصَرَّفَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ حَتَّى رَدَّهُ إِلَى الكُوفَةِ وَهِيَ الَّتِي عَيَّنَهَا بَرِئَ مِنَ الضَّمَانِ كَالمُودَعِ إِذَا خَالَفَ فِي الوَدِيعَةِ ثُمَّ تَرَكَ وَرَجَعَ المَالُ مُضَارَبَةً عَلَى حَالِهِ لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالعَقْدِ السَّابِقِ، وَكَذَا إِذَا رَدَّ بَعْضَهُ وَاشْتَرَى بِبَعْضِهِ فِي المِصْرِ كَانَ المَرْدُودُ وَالمُشْتَرَى فِي المِصْرِ عَلَى المُضَارَبَةِ لِمَا قُلْنَا.

ثُمَّ شَرَطَ الشِّرَاءَ بِهَا هَاهُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَفِي كِتَابِ المُضَارَبَةِ ضَمِنَهُ بِنَفْسِ الإِخْرَاجِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ بِالشِّرَاءِ يَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ لِزَوَالِ احْتِمَالِ الرَّدِّ إِلَى المِصْرِ الَّذِي عَيَّنَهُ، أَمَّا الضَّمَانُ فَوُجُوبُهُ بِنَفْسِ الإِخْرَاجِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ الشِّرَاءَ لِلتَّقَرُّرِ لا لِأَصْلِ الوُجُوبِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَ فِي سُوقِ الكُوفَةِ حَيْثُ لا يَصِحُّ التَّقْيِيدُ؛ لِأَنَّ المِصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبُقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فَلا يُفِيدُ التَّقْيِيدُ، إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِالنَّهْيِ بِأَنْ قَالَ اعْمَلْ فِي السُّوقِ وَلا تَعْمَلْ فِي غَيْرِ السُّوقِ؛

قوله: لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، فصار غاصبًا فلم يبق مضاربًا.

قوله: وَكَذَا إِذَا رَدَّ بَعْضَهُ وَاشْتَرَى بِبَعْضِهِ - أي: وقد كان اشترى ببعضه - فِي المِصْرِ، أي: في المصر الذي عيَّنه.

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى قوله: لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالعَقْدِ السَّابِقِ، وأمَّا إذا اشترى ببعضه في غير الكوفة واشترى بما بقي منه في الكوفة فهو مخالف فيما اشتراه بغير الكوفة ضامن لذلك القدر من المال، وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر، وفيما بقي من المال هو متصرف على المضاربة؛ لأنه ليس من ضرورة صيرورته مخالفاً ضامناً لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي ما لم يتقرر فيه الخلاف والبعض معتبر بالكل، كذا في «المبسوط».

قوله: إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِالنَّهْيِ بِأَنْ قَالَ اعْمَلْ فِي السُّوقِ وَلا تَعْمَلْ فِي غَيْرِ السُّوقِ، يعني:

لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالحَجْرِ وَالوِلَايَةُ إِلَيْهِ وَمَعْنَى التَّخْصِيصِ أَنْ يَقُولَ لَهُ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ كَذَا،

حينئذٍ لو عمل به في غير السوق يكون مخالفاً ضامناً.

قوله: لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالحَجْرِ وَالوِلَايَةُ إِلَيْهِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا ما ذكره في «الذخيرة» فإنه لو قال: على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد، أو قال: بِعْ بالنسيئة ولا تبع بالنقد، فباع بالنقد جاز ولا يكون مخالفًا مع صريح النهي في هذا أيضاً إذا كان السعر بالنسيئة والنقد لا يتفاوت.

قلتُ: هذه مخالفة إلى خير فلا تكون مخالفةً عندنا خلافًا لزفر رحمه الله، وهذا كما إذا وكله بأن يبيع عبده بألف درهم فباعه بألفين فإنه يجوز عندنا، وعند زفر رحمه الله لا يجوز؛ ولأن التقييد بالسوق والنهي عن غير السوق مفيد من وجه، من حيث أن الكوفة ذات أماكن مختلفة حقيقة فكذلك حكماً، فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له أن يحفظها في محلة أخرى، وقد تختلف الأسعار باختلاف أماكن المصر، وغير مفيد من وجه آخر وهو أن المصر مع تباين أطرافها جعل كمكان واحد، كما في السلم إذا شرط الإيفاء في المصر صح وإن لم يبين المحلة، ثم لو كان مفيدًا من كل وجه يعتبر سواء قَرَنه بالنهي أو لم يقرنه، ولو لم يكن مفيدًا من كل وجه لا يعتبر سواء قَرَنه بالنهي أو لا، ولمَّا كان ذكر السوق مفيدًا من وجه دون وجه على ما ذكرنا اعتبرناه حالة النهي ولم يعتبر حالة الأمر، بخلاف الأمر بالبيع والنسيئة والنهي عن البيع بالنقد فإنه غير مفيد من كل وجه فلم يعتبر، فكان ذلك نظير الأمر بحفظ الوديعة باليمين، فإن استدامة الحفظ باليمين شاق على المودع وليس في الحفظ باليمين زيادة فائدة، فجعلنا الأمر والنهي فيه سواء كما لو قال المودع: لا تضعها عن يديك ليلًا ولا نَهارًا، كان هذا النهي لغوًا منه كذا هاهنا، كذا في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَمَعْنَى التَّخْصِيصِ - أي: واللفظ الذي يستفاد منه التخصيص هذه الألفاظ التي ذكر من قوله - أَنْ يَقُولَ لَهُ: عَلَى أَنْ تَعْمَلَ كَذَا، إلى آخره، وفي «المبسوط»: وإذا دفعه إليه مضاربة على أن يعمل به في الكوفة ليس له أن يعمل به في غيرها؛ لأن كلمة على للشرط والشرط في العقد متى كان مفيدًا يجب اعتباره، وهذا شرط مفيد لصاحب المال ليكون ماله

أَوْ فِي مَكَانِ كَذَا، وَكَذَا إِذَا قَالَ خُذْ هَذَا المَالَ تَعْمَلُ بِهِ فِي الكُوفَةِ؛ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ، أَوْ قَالَ فَاعْمَلْ بِهِ فِي الكُوفَةِ؛ لِأَنَّ الفَاءَ لِلْوَصْلِ أَوْ قَالَ خُذْهُ بِالنِّصْفِ بِالكُوفَةِ؛ لِأَنَّ البَاءَ لِلْإِلْصَاقِ، أَمَّا إِذَا قَالَ خُذْ هَذَا المَالَ وَاعْمَلْ بِهِ بِالكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ

محفوظًا في المصر.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ خُذْ هَذَا المَالَ تَعْمَلُ بِهِ فِي الكُوفَةِ، وقوله: تَعْمَلُ، على إعرابين: بالجزم على جواب الأمر، وبالرفع على الحال.

اعلم أن مجموع هذه الألفاظ ثمانية: ستة منها تعتبر شرطًا، واثنان منها مشورةً، فأما السِّتَّة فقوله: دفعتُ إليك المال مضاربة بالنصف على أن تعمل بها بالكوفة، أو لتعملَ بها في الكوفة، أو تعملْ بالكوفة بالجزم، أو تعملُ بالرفع، أو فاعمل بها في الكوفة، أو قال: دفعتُ إليك مضاربة بالنصف بالكوفة، وأمَّا اللذان تعتبر مشورة فقوله: دفعتُ إليك مضاربة بالنصف واعمل بها بالكوفة، بالواو، أو قال: دفعتُ إليك مضاربة اعمل بالكوفة، بغير واو، لا يجب مراعاته في هاتين الصورتين حتى لو خرج بالمال من الكوفة لا يصير ضامنًا، والأصل في معرفة الشرط من المشورة أن رب المال إذا ذكر عقيب لفظ المضاربة كلامًا لا يستقل بنفسه، ولو اعتبر متعلقًا بما تقدم صحَّ فإنه يعتبر متعلقًا كيلا يغلو، ومتى ذكر عقيب لفظ المضاربة كلامًا يستقل بنفسه، أي: يصح الابتداء به، فإنه لا يعتبر متعلقًا بما تقدم لانعدام الضرورة في التعليق.

إذا ثبت هذا قلنا: ففي الألفاظ الستة لا يستقيم الابتداء بالمذكور بعد المضاربة، فإنه لا يستقيم الابتداء به بقوله: على أن تعمل بالكوفة، وكذلك في أخواتها فاعتبرت متعلقة بما قبلها فصارت بمعنى الشرط، وأمَّا قوله: اعمل بالكوفة ممَّا يستقيم الابتداء به، وكذلك واعمل؛ لأن الواو ممَّا يجوز أن يبتدأ به، فاعتبر كلامًا مبتدأ غير متعلق بما قبله فلم يصر شرطًا، بل كان مشورةً من رب المال كأنه قال: إنك إن فعلتَ كذا كان أحسن وأنفع، ولهذا قالوا: لو قال الرجل لامرأته: أنت طالق، أو إن دخلت الدار أنت طالق، لا يصير تعليقًا حتى يقع الطلاق في الحال، كذا هاهنا، كذا في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» للمحبوبي.

فِيهَا وَفِي غَيْرِهَا؛ لِأَنَّ الوَاوَ لِلْعَطْفِ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ المَشُورَةِ، وَلَوْ قَالَ عَلَى أَنْ تَشْتَرِيَ مِنْ فُلَانٍ وَتَبِيعَ مِنْهُ صَحَّ التَّقْيِيدُ؛ لِأَنَّهُ مُفِيدٌ لِزِيَادَةِ الثِّقَةِ بِهِ فِي المُعَامَلَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَى أَنْ تَشْتَرِيَ بِهَا مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ، أَوْ دَفَعَ فِي الصَّرْفِ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مِنَ الصَّيَارِفَةِ وَيَبِيعَ مِنْهُمْ فَبَاعَ بِالكُوفَةِ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا أَوْ مِنْ غَيْرِ الصَّيَارِفَةِ جَازَ؛ لِأَنَّ فَائِدَةَ الأَوَّلِ التَّقْيِيدُ بِالمَكَانِ،

وقال في «المبسوط»: ولو قال: خذه مضاربة تعمل به في الكوفة، أَوْ قَالَ: فَاعْمَلْ بِهِ فِي الكُوفَةِ، فعمل به في غير الكوفة فهو ضامن؛ لأن قوله: فَاعْمَلْ بِهِ، تفسير لقوله: خذه مضاربة، فالكلام المبهم إذا تعقبه تفسير، فالحكم لذلك التفسير، وقوله: فَاعْمَلْ بِهِ، في معنى التفسير أيضـًا؛ لِأَنَّ الفَاءَ لِلْوَصْلِ والتعقيب، والذي يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه تفسيره، وكذلك: لَوْ قَالَ خُذْهُ - مضاربة - بِالنِّصْفِ بِالكُوفَةِ؛ لِأَنَّ البَاءَ لِلْإِلْصَاقِ، فذلك يقتضي أن يكون موجب كلامه ملصقـًا بالكوفة، وموجب كلامه العمل بالمال، وإنَّما يتحقق إلصاقه بالكوفة إذا عمل بها، وكذلك لو قال: خذه مضاربة بالنصف في الكوفة؛ لأن حرف (في) للظرف والمكان إنَّما يكون ظرفـًا للعمل إذا كان حاصلًا فيه، فهذا كله اشتراط العمل في الكوفة، وقد قلنا: أن هذا شرط مفيد، ولو قال: خذه مضاربة بالنصف وَاعْمَلْ بِهِ بِالكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ به حيث شاء؛ لِأَنَّ الوَاوَ لِلْعَطْفِ، والشيء لا يعطف على نفسه وإنما يعطف على غيره، وقد يكون الواو للابتداء خصوصًا بعد الجملة الكاملة، وقوله: خذه مضاربة بالنصف جملة تامة، وقوله: واعمل عطف أو ابتداء، فيكون مشورة أشار به عليه لا شرطـًا في الأمر الأول.

فإن قيل: لماذا لم يجعل بمعنى الحال كما في قوله: أدِّ إليَّ ألفًا وأنت حرٌّ؟

قلنا: لأنه غير صالح للحال هاهنا، وحال العمل لا يكون وقت الأخذ، وإنما يكون العمل بعد الأخذ مع أن الواو تستعار للحال مجازًا، وإنما يصار إليه للحاجة إلى تصحيح الكلام، والكلام صحيح هاهنا باعتبار الحقيقة فلا حاجة إلى حمل حرف الواو على الحال.

قوله: لِأَنَّ فَائِدَةَ الأَوَّلِ - وهو قوله: عَلَى أَنْ تَشْتَرِيَ بِهَا مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ، - التَّقْيِيدُ

وَفَائِدَةَ الثَّانِي التَّقْيِيدُ بِالنَّوْعِ، وَهَذَا هُوَ المُرَادُ عُرْفًا لا فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ لِلْمُضَارَبَةِ وَقْتًا بِعَيْنِهِ يَبْطُلُ العَقْدُ بِمُضِيِّهِ)؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ فَيَتَوَقَّتُ بِمَا وَقَّتَهُ وَالتَّوْقِيتُ مُفِيدٌ وَأَنَّهُ تَقْيِيدٌ بِالزَّمَانِ فَصَارَ كَالتَّقْيِيدِ بِالنَّوْعِ وَالمَكَانِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى رَبِّ المَالِ لِقَرَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا)؛

بِالمَكَانِ، وهو مكان الكوفة، وقد وجد ذلك لما اشترى من رجل كان بالكوفة وإن لم يكن كوفيًّا، فكان مراد رب المال من هذا القول أن لا يشتري ولا يبيع إلا بالكوفة، لا أن يكون ذلك الرجل كوفيًّا.

فإن قلتَ: في هذا الذي ذكرته من أن المراد به أن لا يشتري في غير الكوفة عدول عمَّا اقتضاه ظاهر اللفظ، فإن ظاهر اللفظ يقتضي أن يوجد شراؤه من كوفي لا من غير كوفي سواء كان في الكوفة أو في غيرها.

قلتُ: إنما يعلم ذلك المراد منه من كمال عقل رب المال، ولا شك أنه إنما يقول هذا للاحتياط في حفظ ماله على ما يقتضيه العقل، والاحتياط في حفظ المال إنما يوجد في ذلك المراد الذي قلنا، لا فيما يقتضيه ظاهر اللفظ؛ وذلك لأن أهل الكوفة جمٌّ غفير وجمع كثير، غير محصور بأشخاص معدودة، فكانوا على آراء مختلفة وطبائع متفاوتة كما كان عليه أهل سائر البلدان، وهم بجملتهم لا يتفقون في المعاملة وقضاء الديوان في السهولة، بل منهم من يستقضي ويناقش في الحساب، ومنهم من يتساهل في الخطاب، فعلمنا بِهذا أن مراده تقييد التصرف بالكوفة، وقد وجد ذلك بالتصرف في الكوفة سواء تصرف بالكوفة مع أهل الكوفة أو مع الغرباء بِها، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَفَائِدَةَ الثَّانِي التَّقْيِيدُ بِالنَّوْعِ، أي: كان هذا من رب المال تخصيصاً لنوع بيع وهو بيع الصرف؛ لأنه لمَّا لم يخص المعاملة بشخص بعينه بل خص من تعامل ذلك النوع في معاملاته، وهم الصيارفة علم بهذا أن مراده تخصيص بيع الصرف، فكان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف.

قوله: مَنْ يُعْتَقُ عَلَى رَبِّ المَالِ لِقَرَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، كالمحلوف بعتقه.

لِأَنَّ العَقْدَ وُضِعَ لِتَحْصِيلِ الرِّبْحِ وَذَلِكَ بِالتَّصَرُّفِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَلا يَتَحَقَّقُ فِيهِ لِعِتْقِهِ وَلِهَذَا لا يَدْخُلُ فِي المُضَارَبَةِ شِرَاءُ مَا لا يُمْلَكُ بِالقَبْضِ كَشِرَاءِ الخَمْرِ وَالشِّرَاءِ بِالمَيْتَةِ. بِخِلَافِ البَيْعِ الفَاسِدِ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ بَيْعُهُ بَعْدَ قَبْضِهِ فَيَتَحَقَّقُ المَقْصُودُ.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بشراء العبد مطلقًا بألف درهم؟ فإنه يملك أن يشتري بها عبدًا يعتق على موكله بالقرابة أو باليمين ولا يصير به مخالفًا هناك، والمضارب لو فعل ذلك يكون به مخالفًا، مع أن أخذ أموال المضارب الوكالة.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن في باب الوكالة أطلق الوكالة إطلاقًا، وفي المضاربة لم يطلق بل قيدها بوصف وهو الشراء بما يظهر فيه الربح بالبيع، فإذا اشترى ما لا يقدر على البيع فقد خالف قيده فيكون مخالفًا فلا يقع على المضاربة، وفي باب الوكالة لو قيدها أيضاً وقال: اشتر لي جارية أو عبدًا بألف درهم أبيعه، فاشترى عبدًا يعتق عليه صار مخالفًا ولا فرق بينهما حينئذٍ، كذا في «شرح الطحاوي».

وقوله: بِخِلَافِ البَيْعِ الفَاسِدِ، متعلق **بقوله: شِرَاءُ مَا لا يُمْلَكُ بِالقَبْضِ،** أي: لا يدخل في عقد المضاربة ذلك ويدخل البيع الفاسد فيه؛ لأن المشترى بالبيع الفاسد ممَّا يملك إذا قبض فلا يكون المضارب مخالفاً لرب المال بمباشرته البيع الفاسد.

قوله: وَلَوْ فَعَلَ - أي: اشترى من يعتق على رب المال - **صَارَ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ دُونَ المُضَارَبَةِ؛** لأن رب المال إنما أمره أن يشتري بالمال ما يمكنه بيعه؛ لأن المقصود الاسترباح، ولهذا أوجب له الشركة في الربح وذلك لا يحصل إلا بالبيع بعد الشراء، فلم يكن هذا من جملة ما تناوله الأمر على تقدير وقوعه على المضاربة؛ لأنه يعتق على رب المال فلم يمكنه بيعه بعد ذلك فصار هذا كما لو قال لغيره: اشتر لي جارية أطأها، فاشترى أخت الموكل من الرضاعة، أو جارية مجوسية، لم يلزم الأمر لهذا؛ لأن الشراء متى وجد نفاذًا على المشتري نفذ عليه، إنَّما قيد بهذا؛ لأنه إذا لم يجد نفاذًا يتوقف كما إذا اشترى العبد المحجور أو الصبي المحجور يتوقف شراؤهما إلى إجازة المولى والولي، ثمَّ لما وقع هذا على المشتري لا على المضاربة وهو قد نقد ثمنه من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع

قَالَ: (وَلَوْ فَعَلَ صَارَ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ دُونَ الْمُضَارَبَةِ)؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ مَتَى وَجَدَ نَفَاذًا عَلَى الْمُشْتَرِي نَفَذَ عَلَيْهِ كَالوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ إِذَا خَالَفَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ فِي المَالِ رِبْحٌ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ وَيُفْسِدُ نَصِيبَ رَبِّ المَالِ أَوْ يُعْتَقُ عَلَى الِاخْتِلَافِ المَعْرُوفِ فَيَمْتَنِعُ التَّصَرُّفُ فَلَا يَحْصُلُ المَقْصُودُ (وَإِنِ اشْتَرَاهُمْ ضَمِنَ مَالَ المُضَارَبَةِ)؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا العَبْدَ لِنَفْسِهِ فَيَضْمَنُ بِالنَّقْدِ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي المَالِ رِبْحٌ جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُمْ؛ لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ مِنَ التَّصَرُّفِ، إِذْ لَا شَرِكَةَ لَهُ فِيهِ لِيُعْتَقَ عَلَيْهِ (فَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهُمْ بَعْدَ الشِّرَاءِ عَتَقَ نَصِيبُهُ مِنْهُمْ) لِمِلْكِهِ بَعْضَ قَرِيبِهِ (وَلَمْ يَضْمَنْ لِرَبِّ المَالِ شَيْئًا)؛ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ مِنْ جِهَتِهِ فِي زِيَادَةِ القِيمَةِ وَلَا فِي مِلْكِهِ الزِّيَادَةَ؛ لِأَنَّ هَذَا شَيْءٌ يَثْبُتُ مِنْ طَرِيقِ الحُكْمِ فَصَارَ كَمَا إِذَا وَرِثَهُ مَعَ غَيْرِهِ (وَيَسْعَى العَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِهِ مِنْهُ)؛

ويرجع البائع على المضارب بمثله، وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك؛ لأنه قضى بالمضاربة دينًا عليه، هذا كله من «المبسوط».

قوله: لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ؛ - أي: على المشتري وهو المضارب - لِأَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ وَيُفْسِدُ نَصِيبَ رَبِّ المَالِ، - أي: على قول أبي حنيفة رحمه الله - أَوْ يُعْتَقُ، أي: على قولهما.

قوله: وَلَا فِي مِلْكِهِ الزِّيَادَةَ، أي: نصيبه من الربح، وفي نسخة: وَلَا فِي مِلْكِهِ الزِّيَادَةَ، أي: لا صنع في ملكه الزيادة.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا وَرِثَهُ مَعَ غَيْرِهِ، صورته: امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجًا وأخًا.

قوله: وَيَسْعَى العَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِهِ مِنْهُ، أي: نصيب رب المال من العبد، وهو رأس

لِأَنَّهُ أُحْتُبِسَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ فَيَسْعَى فِيهِ كَمَا فِي الوَرَثَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَ المُضَارِبِ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَوَطِئَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ يُسَاوِي أَلْفًا فَادَّعَاهُ ثُمَّ بَلَغَتْ قِيمَةُ الغُلَامِ أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ وَالمُدَّعِي مُوسِرٌ، فَإِنْ شَاءَ رَبُّ المَالِ اسْتَسْعَى الغُلَامَ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ) وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الدَّعْوَةَ صَحِيحَةٌ فِي الظَّاهِرِ حَمْلًا عَلَى فِرَاشِ النِّكَاحِ، لَكِنَّهُ لَمْ يَنْفُذْ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ المِلْكُ لِعَدَمِ ظُهُورِ الرِّبْحِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَعْنِي الأُمَّ وَالوَلَدَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ المَالِ، كَمَالِ المُضَارَبَةِ إِذَا صَارَ أَعْيَانًا كُلُّ عَيْنٍ مِنْهَا يُسَاوِي

المال ونصيبه من الربح.

وذكر في «المبسوط»: وعليه السعاية في رأس المال وحصة رب المال من الربح لتميم العتق؛ لأنه احتبس ذلك القدر عنده من ملك رب المال فعليه أن يسعى له في ذلك.

قوله: أُحْتُبِسَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ، أي: عند العبد.

قوله: وَالمُدَّعِي مُوسِرٌ، قيّد به لنفي الشبهة وهي أن الضمان بسبب دعوة المضارب ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فينبغي أن يضمن المضارب لرب المال إذا كان موسرًا، ومع ذلك قال: لا يضمن.

قوله: حَمْلًا عَلَى فِرَاشِ النِّكَاحِ، - وهو الاستيلاد بالنكاح - لَكِنَّهُ، أي: لكن الإدعاء.

قوله: كَمَالِ المُضَارَبَةِ إِذَا صَارَ أَعْيَانًا ... لا يَظْهَرُ الرِّبْحُ، كما لو اشترى بألف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي ألفًا لا يظهر الربح، وبدون الملك لا يصح الاستيلاد، وهاهنا أيضـًا الجارية وولدها كل واحد منهما مشغول برأس المال فلا يظهر الربح، وإذا كان كذلك لا يكون للمضارب نصيب لا في الجارية ولا في ولدها، حتى لو أعتقها المضارب لا ينفذ عتقه فيجعل في الحكم كأن كل واحد منهما ليس معه الآخر، فلا تصح الدعوة ويضمن المضارب عقد الجارية لاعترافه بوطء جارية مملوكة لرب المال، وقد امتنع وجوب الحد لمكان الشبهة

رَأْسَ المَالِ لا يَظْهَرُ الرِّبْحُ كَذَا هَذَا، فَإِذَا زَادَتْ قِيمَةُ الغُلَامِ الآنَ ظَهَرَ الرِّبْحُ فَنَفَذَتِ الدَّعْوَةُ السَّابِقَةُ،

فكان العقد في المضاربة وللمضارب أن يبيعها وولدها جميعًا.

فإن قلتَ: يشكل على هذا الذي ذكر بأن مال المضاربة إذا صار أعيانًا لا يظهر الربح ما إذا كان المضارب معه رأس المال ألف درهم، واشترى له عبدًا يساوي ألفين كان له الربع، وكذلك لو اشترى فرسين كل واحد منهما يساوي ألفًا كانه له ربعهما، حتى لو وهب الربع لرجل وسلم إليه صح.

قلتُ: هذا الذي ذكرته مما تشبث به زفر رحمه الله في إثبات مذهبه بأن المضارب لو اشترى بها عبدين كل واحد منهما يساوي ألفًا فعنده للمضارب الربع من كل واحد منهما؛ لأنه ربح ألفًا فيكون له النصف وهو ربع كل واحد منهما استدلالًا بهاتين المسألتين، إلا أنا نقول: إن حقه في الربح ولا يتحقق الربح إلا بعد تحصيل رأس المال، وقد ثبتَ من مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن العبد بين اثنين لا يقسمون جملة، بل كل واحد يكون بينهما على حياله، وإذا اعتبر وحده لم يفضل شيء منه عن رأس المال، بخلاف الفرسين؛ لأنهما يقسمان جملة وإذا اعتبر جملة حصل البعض ربحًا، وكذلك لو كان العبد واحدًا، وكذلك مذهبهما؛ لأنَّهما يقولان أن العبد بمنزلة أجناس مختلفة حكمًا، إلا أن يرى القاضي الصلاح في الجمع أو يتراضوا على ذلك، ولم يوجد ذلك في مسألتنا، كذا في «الأسرار».

فإن قيل: لماذا لا يجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحًا؛ لما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فيجب أن يبقى كذلك؟ قلنا: إن تعيينها كان لعدم المزاحم لا أنَّها رأس المال؛ لأن رأس المال دراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعيينها لرأس المال، ثم إنما لا يتعين أحدهما لرأس المال؛ لأن أحدهما ليس بأَوْلَى من الآخر للتعيين لرأس المال.

قوله: فَإِذَا زَادَتْ قِيمَةُ الغُلَامِ الآنَ ظَهَرَ الرِّبْحُ فَنَفَذَتِ الدَّعْوَةُ السَّابِقَةُ، ويثبت النسب منه؛ لأن الدعوى كانت صحيحة حملًا لأمره على الاستيلاد بحكم النكاح، ولكن لم يعمل لعدم الملك.

بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الوَلَدَ ثُمَّ ازْدَادَتِ القِيمَةُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِنْشَاءُ العِتْقِ، فَإِذَا بَطَلَ لِعَدَمِ المِلْكِ لا يَنْفُذُ بَعْدَ ذَلِكَ بِحُدُوثِ المِلْكِ، أَمَّا هَذَا فَإِخْبَارٌ فَجَازَ أَنْ يَنْفُذَ عِنْدَ حُدُوثِ المِلْكِ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَةُ وَثَبَتَ النَّسَبُ عَتَقَ الوَلَدُ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِي بَعْضِهِ، وَلا يَضْمَنُ لِرَبِّ المَالِ شَيْئًا مِنْ قِيمَةِ الوَلَدِ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ ثَبَتَ بِالنَّسَبِ وَالمِلْكِ وَالمِلْكُ آخِرُهُمَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ وَلا صُنْعَ لَهُ فِيهِ، وَهَذَا ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعَدِّي وَلَمْ يُوجَدْ (وَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَ الغُلَامَ)؛ لِأَنَّهُ أُحْتُبِسَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ، وَلَهُ أَنْ يَعْتِقَ لِأَنَّ المُسْتَسْعَى كَالمُكَاتَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَيَسْتَسْعِيهِ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ؛ لِأَنَّ الأَلْفَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ المَالِ وَالخَمْسِمِائَةِ رِبْحٌ وَالرِّبْحَ بَيْنَهُمَا فَلِهَذَا يَسْعَى لَهُ فِي هَذَا المِقْدَارِ.

ثُمَّ إِذَا قَبَضَ رَبُّ المَالِ الأَلْفَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُدَّعِيَ نِصْفَ قِيمَةِ الأُمِّ؛

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الوَلَدَ، أي: المضارب إذا أعتق الولد.

قوله: وَلا يَضْمَنُ لِرَبِّ المَالِ شَيْئًا، يعني موسرًا كان أو معسرًا؛ لأن نفوذ العتق لمعنى حكمي لا صنيع للمضارب فيه، وهو ظهور الفضل في قيمته، وذلك يمنع وجوب الضمان عليه لشريكه كما لو ورث بعض قريبه.

فإن قيل: الضمان هاهنا يجب بالإفساد بدعوته وذلك صنع منه.

قلنا: لا كذلك بل الإفساد حصل بالدعوى وبزيادة القيمة جميعًا، والأصل أن الحكم متى ثبت بعلة ذات وصفين يحال به إلى آخر الوصفين وجودًا إذا وجد على الترادف، أصله مسألة السفينة والقدح الأخير، ودليله ما رُوي عن أبي بكر رضي الله عنه: «أن رجلًا أقرَّ بين يديه بالزنا ثلاث مرات فقال: له أبو بكر: إيَّاك والرابعة فإنَّها الموجبة»، فإذا تعذر التضمين صير إلى الاستسعاء.

لِأَنَّ الألْفَ المَأْخُوذَ لَمَّا أُسْتُحِقَّ بِرَأْسِ المَالِ لِكَوْنِهِ مُقَدَّمًا فِي الِاسْتِيفَاءِ ظَهَرَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا رِبْحٌ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ دَعْوَةٌ صَحِيحَةٌ لِاحْتِمَالِ الفِرَاشِ الثَّابِتِ بِالنِّكَاحِ وَتَوَقَّفَ نَفَاذُهَا لِفَقْدِ المِلْكِ، فَإِذَا ظَهَرَ المِلْكُ نَفَذَتْ تِلْكَ الدَّعْوَةُ وَصَارَتْ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَيَضْمَنُ نَصِيبَ رَبِّ المَالِ؛ لِأَنَّ هَذَا ضَمَانُ تَمَلُّكٍ وَضَمَانُ التَّمَلُّكِ لا يَسْتَدْعِي صُنْعًا كَمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَلَكَهَا هُوَ وَغَيْرُهُ وِرَاثَةً يَضْمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ كَذَا هَذَا؛ بِخِلَافِ ضَمَانِ الوَلَدِ عَلَى مَا مَرَّ.

قوله: لِأَنَّ الألْفَ المَأْخُوذَ لَمَّا أُسْتُحِقَّ بِرَأْسِ المَالِ لِكَوْنِهِ مُقَدَّمًا فِي الِاسْتِيفَاءِ، وإنما صار هو مقدمًا لرأس المال؛ لأن رأس المال دراهم والألف المأخوذ من الاستسعاء دراهم، فكان هو من جنس حقه، فكان هو أَوْلَى بالاستيفاء من الجارية.

قوله: ظَهَرَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا رِبْحٌ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، وكذلك إذا زادت قيمتها على ألف حتى صار المضارب شريكـًا فيها فتصير أم ولدٍ له.

قوله: بِخِلَافِ ضَمَانِ الوَلَدِ؛ لأنه ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد، ولمَّا صارت الجارية ربحـًا فعقرها الواجب على المضارب تصير ربحًا أيضـًا فيكون بينهما.

وقوله: عَلَى مَا مَرَّ، إشارة إلى قوله: وَلَا يَضْمَنُ لِرَبِّ المَالِ شَيْئًا مِنْ قِيمَةِ الوَلَدِ لِأَنَّ عِتْقَهُ ثَبَتَ بِالنَّسَبِ وَالمِلْكِ وَالمِلْكُ آخِرُهُمَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ وَلَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ، هذا كله ممَّا ذكره الإمام المرغيناني، وقاضي خان، والمحبوبي رحمهم الله تعالى، والله أعلم.

بَابُ المُضَارِبُ يُضَارِبُ

قَالَ: (وَإِذَا دَفَعَ المُضَارِبُ المَالَ إِلَى غَيْرِهِ مُضَارَبَةً وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ رَبُّ المَالِ لَمْ يَضْمَنْ بِالدَّفْعِ وَلَا يَتَصَرَّفُ المُضَارِبُ الثَّانِي حَتَّى يَرْبَحَ، فَإِذَا رَبِحَ ضَمِنَ الأَوَّلُ

باب المضارب يضارب

لمَّا ذكر حكم المضاربة في الأولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية؛ لأن الثانية تتلو الأولى أبدًا فكذا بيان حكمها.

أو نقول: لمَّا ذكر حكم المضاربة المفردة ذكر في هذا الباب حكم المضاربة المركبة والمركب أبدًا يتلو المفرد، وقد ذكر قبل هذا في الكتاب: ولا يضارب المضارب إلا أن يأذن له رب المال؛ لأن الشيء لا يتضمن مثله، وقد ذكرناه وما وردَ عليه من الشبهة.

ثم المضارب لو دفع إلى غيره مضاربة بغير إذن رب المال وإن كان لا يجوز له ذلك فأخذه ذلك الغير منه ولم يخلطه حتى ضاع من يده، فلا ضمان على المضارب ولا على الذي أخذ منه قبل عمل الذي أخذ منه في ظاهر رواية علمائنا الثلاثة؛ لأنه لو وجب الضمان إمَّا أن يجب بمجرد العقد ولا وجه إليه؛ لأن مجرد العقد قول على وجه الإنشاء فإنه لا يؤثر في ضمان المال، ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرَّد بيع مال الغير، ولا يجوز أن يجب الضمان على الأول بالتسليم لأجل التصرف، ولا على الثاني بالقبض لأجل التصرف؛ لأن لهما ذلك، ألا ترى أن للمضارب أن يدفع المال إلى غيره بضاعة، والدفع والقبض بضاعة دفع وقبض لأجل التصرف، بعد هذا شرط أبو حنيفة رحمه الله للضمان تصرف الثاني مع الربح؛ لأن بمجرد التصرف لم يتعلق له به حقٌّ، وهما اكتفيا بمجرد التصرف.

لِرَبِّ المَالِ) وَهَذَا رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا عَمِلَ بِهِ ضَمِنَ رَبِحَ أَوْ لَمْ يَرْبَحْ، وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ عَمِلَ أَوْ لَمْ يَعْمَلْ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ المَمْلُوكَ لَهُ الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الإِيدَاعِ، وَهَذَا الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ المُضَارَبَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الدَّفْعَ إِيدَاعٌ حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا يَتَقَرَّرُ كَوْنُهُ لِلْمُضَارَبَةِ بِالعَمَلِ فَكَانَ الحَالُ مُرَاعًى قَبْلَهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الدَّفْعَ قَبْلَ العَمَلِ إِيدَاعٌ وَبَعْدَهُ إِبْضَاعٌ، وَالفِعْلَانِ يَمْلِكُهُمَا المُضَارِبُ فَلَا يَضْمَنُ بِهِمَا، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا رَبِحَ فَقَدْ أَثْبَتَ لَهُ شَرِكَةً فِي المَالِ فَيَضْمَنُ كَمَا لَوْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِذَا عَمِلَ بِهِ ضَمِنَ رَبِحَ أَوْ لَمْ يَرْبَحْ، وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، هكذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله في «المبسوط»، وجعل وجوب الضمان بمجرد العمل ظاهر رواية أصحابنا، وجعل اشتراط الربح مع العمل لوجوب الضمان رواية أبي يوسف رحمه الله، هذا كله من «الذخيرة».

قوله: وَهَذَا الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ المُضَارَبَةِ؛ لأن الكلام فيه فيضمن الأول بالدفع، والثاني بالأخذ فكان كل واحد منهما ضامناً كالمودع إذا أعار الوديعة من غيره، كذا في «المبسوط».

قوله: فَكَانَ الحَالُ مُرَاعًى قَبْلَهُ، أي: قبل العمل، أي: الحال موقوف إن عمل ضمن، وإلا فلا.

قوله: وَالفِعْلَانِ يَمْلِكُهُمَا المُضَارِبُ فَلَا يَضْمَنُ بِهِمَا، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا رَبِحَ، إلى آخره؛ لأنه متى ربح الثاني فقد ثبتَ له الشركة في الربح، والربح ملك رب المال وإثبات الشركة في مال الغير سبب الضمان، فأمَّا قبل الربح فالموجود مجرد التصرف وإنه ليس بسبب للضمان؛ وهذا لأنه إنما يصير مضمونًا إذا صار مخالفًا، وذلك باشتراك الغير في ربح ماله، ولهذا لا يضمن إذا أبضع أو أودع؛ لأنه ليس في ذلك اشتراك الغير في ربح ماله، والشركة في الربح لا تتحقق قبل حصول الربح فسبب الخلاف إنما يتحقق إذا حصل الربح، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الْمُضَارَبَةُ صَحِيحَةً، فَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً لا يَضْمَنُهُ الأَوَّلُ، وَإِنْ عَمِلَ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ أَجِيرٌ فِيهِ وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فَلَا تَثْبُتُ الشَّرِكَةُ بِهِ. ثُمَّ ذَكَرَ فِي الكِتَابِ يَضْمَنُ الأَوَّلُ وَلَمْ يَذْكُرِ الثَّانِيَ. وَقِيلَ يَنْبَغِي أَنْ لا يَضْمَنَ الثَّانِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي مُودِعِ الْمُودَعِ.

قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الْمُضَارَبَةُ صَحِيحَةً، أي: إنَّما يتحقق الضمان عليهما عند الربح، أو بالعمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما إذا كانت المضاربة صحيحة، ثمَّ أطلق لفظ المضاربة ولم يذكر أن المراد بها المضاربة الأولى أو الثانية ليتناول كلًّا منهما، فإن المراد بها كل واحد منهما سواء كانت الأولى، أو الثانية، أو كلتيهما جميعًا.

والدليل على الذي قلتُه ما ذكره في «الذخيرة» فقال: وإنما يجبُ الضمان عليهما إذا كانت المضاربتان جائزتين، أمَّا إذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما، حتى لو هلك المال في يد الثانِي فلا ضمان له؛ لأن الضمان على الأول بسبب اشتراك الثانِي في الربح، وإذا كانتا فاسدتين فما أثبت الأول للثانِي شركة في الربح، بل المستأجر الثانِي يعمل في مال المضاربة، والمضارب إذا استأجر أجيرًا ليعمل في مال المضاربة فعمل الأجيرُ فلا ضمان على واحد منهما، وكذلك إذا كانت الأولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان؛ لأن الثانية إذا كانت فاسدة لا تثبت للثانِي ليعمل به مال المضاربة، وكذلك إذا كانت الأولى فاسدة والثانية جائزة؛ لأن الأولى متى كانت فاسدة تكون المضاربة الثانية فاسدة أيضاً؛ لأنَّها لا تفيد الشركة في الربح؛ لأن الربح كله لرب المال إذا كانت الأولى فاسدة فلا تفيد الثانية شركة في الربح، وكل مضاربة لا تفيد الشركة في الربح تكون فاسدة، وإذا كانت المضاربة الثانية فاسدة فلا يثبت للثانِي شركة في الربح، والضمانُ إنما يجب إذا ثبتَ للثانِي شركة في الربح.

فإن قيل: إذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الأولى لا يتأتى هذا التقسيم، وهو ما إذا كانت الأولى فاسدة والثانية جائزة.

قلنا: المراد من جواز الثانية في هذه الصورة كون المشروط للثانِي من الربح زيادة مقدار ما تجوز به المضاربة في الجملة، بأن كان المشروط للأول من الربح مائة أو نصف

وَقِيلَ رَبُّ المَالِ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الأَوَّلَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِيَ بِالإِجْمَاعِ وَهُوَ المَشْهُورُ، وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ وَكَذَا عِنْدَهُ، وَوَجْهُ الفَرْقِ لَهُ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ مُودِعِ المُودَعِ أَنَّ المُودَعَ الثَّانِيَ يَقْبِضُهُ لِمَنْفَعَةِ الأَوَّلِ فَلَا يَكُونُ ضَامِنًا، أَمَّا المُضَارِبُ الثَّانِي يَعْمَلُ فِيهِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ ضَامِنًا. ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ الأَوَّلُ صَحَّتِ المُضَارَبَةُ بَيْنَ الأَوَّلِ وَبَيْنَ الثَّانِي وَكَانَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ مِنْ حِينِ خَالَفَ بِالدَّفْعِ إِلَى غَيْرِهِ لا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي رَضِيَ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ مَالَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ بِالعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ

الربح مع زيادة مائة، والمشروط للثاني نصف الربح أو ثلثه، هذا كله من «الذخيرة».

قوله: أَمَّا المُضَارِبُ الثَّانِي يَعْمَلُ فِيهِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ، بغير إذن رب المال.

قوله: لا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي رَضِيَ بِهِ، أي: رب المال فإن رب المال لم يرض بما فعل به المضارب الأول.

قوله: وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ بِالعَقْدِ، أي: بسبب العقد يرجع على الأول بالعهدة، وفي نسخة بالعقد.

قوله: لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ، أي: لأن المضارب الثاني عامل لأجل المضارب الأول.

فإن قيل: بين هذا وبين ما تقدم وهو **قوله**: أَمَّا المُضَارِبُ الثَّانِي يَعْمَلُ فِيهِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ، تناقض حيث جعل المضارب الثاني في حق عمل واحد عاملًا لنفسه ولغيره، قلنا: نعم كذلك إلا أن ذلك بحسب اختلاف الجهة؛ لما أن المضاربة مشتملة على عقود، فالمضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركة في الربح وعامل لغيره بسبب أنه في الابتداء مودع المودع، وعمل المودع وهو الحفظ للمودع، وتسمية الشيء الواحد باسمين مختلفين بسبب اختلاف الجهة لا يكون تناقضًا، كشخص له أب وابن فيسمَّى ذلك الشخص بالأب والابن بحسب اختلاف الجهة لا يكون تناقضًا.

عَامِلٌ لَهُ كَمَا فِي المُودَعِ وَلِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ فِي ضِمْنِ العَقْدِ.

وَتَصِحُّ المُضَارَبَةُ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا؛ لِأَنَّ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى الأَوَّلِ فَكَأَنَّهُ ضَمِنَهُ ابْتِدَاءً، وَيَطِيبُ الرِّبْحُ لِلثَّانِي وَلا يَطِيبُ لِلأَعْلَى؛ لِأَنَّ الأَسْفَلَ يَسْتَحِقُّهُ بِعَمَلِهِ وَلَا خُبْثَ فِي العَمَلِ، وَالأَعْلَى يَسْتَحِقُّهُ بِمِلْكِهِ المُسْتَنِدِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَلا يُعَرَّى عَنْ نَوْعِ خُبْثٍ.

قَالَ: (فَإِذَا دَفَعَ رَبُّ المَالِ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ وَأَذِنَ لَهُ بِأَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ فَدَفَعَهُ

قوله: كَمَا فِي المُودَعِ، أي: مودع الغاصب إذا ضمن يرجع على الغاصب المودع.

قوله: وَتَصِحُّ المُضَارَبَةُ، أي: المضاربة الثانية.

قوله: لِأَنَّ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى الأَوَّلِ فَكَأَنَّهُ ضَمِنَهُ ابْتِدَاءً، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين مسألة الرهن، وهي ما إذا رهن من آخر عبدًا فأبق العبد من يد المرتهن ثم جاء مستحق واستحق العبد فإن ضمن الراهن صح الرهن كما صحت المضاربة هنا وسقط دين المرتهن، وإن ضمن المرتهن فالمرتهن يرجع بما ضمن للمستحق على الراهن وبالدين أيضًا، ولا يصح الرهن في أن قرار الضمان على الراهن هناك أيضًا، وهاهنا جوَّز المضاربة فيما بين الأول والثاني متى اختار تضمين الثاني لكون قرار الضمان على الأول، ذكره في «المغني».

قلتُ: لأن استرداد القيمة كاسترداد العين، فينتقض قبض المرتهن باسترداد المستحق القيمة منه وبدون قبضه لا يكون مرهونًا، وهاهنا أيضًا استرداد المثل كاسترداد العين، ولكن لا ينعدم به ابتداء اليد للمضارب على المال، واستدامته ليست بشرط لحكم المضاربة حتى إذا رد المضارب المال على رب المال واستعان به في التصرف كان الربح بينهما على الشرط، ولو ردَّ المرتهن المرهون على الراهن بعارية أو غيرها خرج من ضمان الرهن، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَا يُعَرَّى عَنْ نَوْعِ خُبْثٍ؛ لأنه ثابت من وجه دون وجه، فمن حيث أنه لا ملك له تمكَّن الخبث فيه فيكون سبيله التصدق.

بِالثُّلُثِ وَقَدْ تَصَرَّفَ الثَّانِي وَرَبِحَ، فَإِنْ كَانَ رَبُّ المَالِ قَالَ لَهُ عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَلِرَبِّ المَالِ النِّصْفُ وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ وَلِلْمُضَارِبِ الأَوَّلِ السُّدُسُ)؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَى الثَّانِي مُضَارَبَةً قَدْ صَحَّ لِوُجُودِ الأَمْرِ بِهِ مِنْ جِهَةِ المَالِكِ وَرَبُّ المَالِ شَرَطَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ جَمِيعِ مَا رَزَقَ اللهُ تَعَالَى فَلَمْ يَبْقَ لِلْأَوَّلِ إِلَّا النِّصْفُ فَيَنْصَرِفُ تَصَرُّفُهُ إِلَى نَصِيبِهِ وَقَدْ جَعَلَ مِنْ ذَلِكَ بِقَدْرِ ثُلُثِ الجَمِيعِ لِلثَّانِي فَيَكُونُ لَهُ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا السُّدُسُ، وَيَطِيبُ لَهُمَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي وَاقِعٌ لِلْأَوَّلِ كَمَنْ اُسْتُؤْجِرَ عَلَى خِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ وَاسْتَأْجَرَ غَيْرَهُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ.

(وَإِنْ كَانَ قَالَ لَهُ عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَكَ اللهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ

قوله: فَإِنْ كَانَ رَبُّ المَالِ قَالَ لَهُ عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ، أو قال: ما كان لك من رزق الله فهو بيننا نصفان، أو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف فالحكم واحد، كذا في «المبسوط».

قوله: فَيَنْصَرِفُ تَصَرُّفُهُ إِلَى نَصِيبِهِ، وإن لم يكن هو على قدر نصيبه كأحد الشريكين في العبد إذا باع ثلثه.

قوله: وَيَطِيبُ لَهُمَا ذَلِكَ، أي: المضارب الأول والثاني، يعني: وإن لم يعمل المضارب الأول بالتصرف في المال فيطيب له السدس؛ لأنه باشر العقدين وإن لم يعمل بنفسه شيئًا، ألا ترى أنه لو أبضع المال مع غيره، أو أنصفه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيِّبًا له وإن لم يعمل بنفسه.

قوله: وَإِنْ كَانَ قَالَ لَهُ عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَك اللهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ، أو قال: ما ربحت في هذا من شيءٍ، أو قال: على أن ما كان لك فيه من فضل الربح، أو قال: على أن ما كسبت فيه من كسب، أو قال: على أن ما رزقت فيه من شيءٍ، أو قال: على أن ما صار لك فيه من ربح فهو

وَالبَاقِي بَيْنَ المُضَارِبِ الأَوَّلِ وَرَبِّ المَالِ نِصْفَانِ)؛ لِأَنَّهُ فَوَّضَ إِلَيْهِ التَّصَرُّفَ وَجَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مَا رُزِقَ الأَوَّلُ وَقَدْ رُزِقَ الثُّلُثَيْنِ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ جَمِيعِ الرِّبْحِ فَافْتَرَقَا (وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ فَمَا رَبِحْتَ مِنْ شَيْءٍ فَبَيْنِي وَبَيْنَك نِصْفَانِ وَقَدْ دَفَعَ إِلَى غَيْرِهِ بِالنِّصْفِ فَلِلثَّانِي النِّصْفُ وَالبَاقِي بَيْنَ الأَوَّلِ وَرَبِّ المَالِ)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ شَرَطَ لِلثَّانِي نِصْفَ الرِّبْحِ وَذَلِكَ مُفَوَّضٌ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ رَبِّ المَالِ فَيَسْتَحِقُّهُ. وَقَدْ جَعَلَ رَبُّ المَالِ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مَا رَبِحَ الأَوَّلُ وَلَمْ يَرْبَحْ إِلَّا النِّصْفُ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا (وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللهُ تَعَالَى فَلِي نِصْفُهُ أَوْ قَالَ فَمَا كَانَ مِنْ فَضْلٍ فَبَيْنِي وَبَيْنَك نِصْفَانِ وَقَدْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ

بيننا نصفان، أو قال له: اعمل فيه برأيك، فدفعه الأول إلى آخر مضاربة بالنصف، أو بثلثي الربح، أو بخمسة أسداس الربح، كان ذلك صحيحًا وللثاني من الربح جميع ما شرط له، والباقي بين الأول وبين رب المال نصفين؛ لأن رب المال بهذه الألفاظ ما شرط لنفسه نصف جميع الربح، وإنما شرط لنفسه نصف ما يحصل للأول من الربح؛ لأنه أضاف إليه بحرف الخطاب وهو الكاف أو التاء.

قوله: بِخِلَافِ الأَوَّلِ، فرب المال هناك شرط نصف ربح جميع المال لنفسه؛ لأنه أضاف الرزق والربح إلى المال دون المضارب الأول، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ جَعَلَ لِنَفْسِهِ، أي: جعل رب المال المال لنفسه نصف مطلق الفضل، ولا نسلم له النصف المطلق إلا وأن ينصرف شرط المضارب الأول النصف الثاني إلى نصيبه خاصةً، فانصرفَ إليه وصار النصف لرب المال والنصف الآخر للمضارب الثاني وخرج الأول من البين، وأمَّا في الفصل الأول فقد شرطَ رب المال لنفسه نصف ربح ينسب إلى المضارب الأول حيث قال: فما ربحت من شيءٍ فهو بيننا، فلمَّا سلم للمضارب الأول نصف الربح منسوبًا إليه، صار ذلك النصف بينه وبين رب المال كما شرطه رب المال لنفسه نصف الربح، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

فَلِرَبِّ المَالِ النِّصْفُ وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصْفُ وَلا شَيْءَ لِلْمُضَارِبِ الأَوَّلِ)؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مُطْلَقِ الفَضْلِ فَيَنْصَرِفُ شَرْطُ الأَوَّلِ النِّصْفَ لِلثَّانِي إِلَى جَمِيعِ نَصِيبِهِ فَيَكُونُ لِلثَّانِي بِالشَّرْطِ وَيَخْرُجُ الأَوَّلُ بِغَيْرِ شَيْءٍ، كَمَنْ اُسْتُؤْجِرَ لِيَخِيطَ ثَوْبًا بِدِرْهَمٍ فَاسْتَأْجَرَ غَيْرَهُ لِيَخِيطَهُ بِمِثْلِهِ.

(وَإِنْ شَرَطَ لِلْمُضَارِبِ الثَّانِي ثُلُثَيْ الرِّبْحِ فَلِرَبِّ المَالِ النِّصْفُ وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصْفُ وَيَضْمَنُ المُضَارِبُ الأَوَّلُ لِلثَّانِي سُدُسَ الرِّبْحِ فِي مَالِهِ)؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ لِلثَّانِي شَيْئًا هُوَ مُسْتَحَقٌّ لِرَبِّ المَالِ فَلَمْ يَنْفُذْ فِي حَقِّهِ لِمَا فِيهِ مِنَ الإِبْطَالِ، لَكِنَّ التَّسْمِيَةَ فِي نَفْسِهَا صَحِيحَةٌ لِكَوْنِ المُسَمَّى مَعْلُومًا فِي عَقْدٍ يَمْلِكُهُ وَقَدْ ضَمِنَ لَهُ السَّلَامَةَ فَيَلْزَمُهُ الوَفَاءُ بِهِ، وَلِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ضِمْنِ العَقْدِ وَهُوَ سَبَبُ الرُّجُوعِ فَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَنْ اُسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ فَدَفَعَهُ إِلَى مَنْ يَخِيطُهُ بِدِرْهَمٍ وَنِصْفٍ.

قوله: وَلِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ضِمْنِ العَقْدِ؛ وَهُوَ، أي: الغرور في ضمن العقد سبب الرجوع، وإنَّما قيد بالغرور في ضمن العقد؛ لأن الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجباً للضمان كما لو قال لآخر: هذا الطريق آمن وهو ليس بآمن، فدخل فيه فقطع الطريق قاطع الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ

(وَإِذَا شَرَطَ المُضَارِبُ لِرَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ،

فصلٌ

هذه مسألة تجانس الأولى من حيث اشتراط المضارب في الربح، وتخالفها من حيث إدخال عبد رب المال في استحقاق الربح، فلذلك فصَّل بفصل ووصلها بإيراد.

قوله: وَلِعَبْدِ رَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ، فالتقييد بعبد رب المال لا للشرط فإن الحكم في عبد المضارب كذلك أيضًا، وحاصل هذا ما ذكره في «الذخيرة»، و«المغني» فقال: إذا شرط في المضاربة بعض الربح لغير المضارب ورب المال فهو على وجوه:

أحدهما: إذا شرط ذلك لأجنبي، وفي هذا الوجه إن شرط عمل الأجنبي فالمضاربة جائزة والشرط جائز، ويصير رب المال دافعًا المال مضاربة إلى رجلين، وإن لم يشترط عمل الأجنبي فالمضاربة جائزة والشرط باطل، ويجعل المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال.

والوجه الثاني: إذا شرط بعض الربح لعبد المضارب أو لعبد رب المال، فإن شرط عمل العبد مع ذلك فالمضاربة جائزة والشرط جائز أيضًا على كل حال، وإن لم يشترط عمل العبد مع ذلك إن لم يكن على العبد دين صحَّ الشرط، سواء كان عبد المضارب أو عبد رب المال؛ لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد؛ لأن الربح إنما يستحق إمَّا برأس المال، أو بالعمل، أو بضمان العمل، ولم يوجد واحد من هذه الأسباب في حق العبد وأمكن تصحيحه في حق مولاه؛ لأنه ما شرط للعبد مشروط لمولاه.

وَلِعَبْدِ رَبِّ الْمَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ وَلِنَفْسِهِ ثُلُثَ الرِّبْحِ فَهُوَ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّ لِلْعَبْدِ يَدًا مُعْتَبَرَةً خُصُوصًا إذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ وَاشْتِرَاطُ الْعَمَلِ إذْنٌ لَهُ، وَلِهَذَا لَا يَكُونُ لِلْمَوْلَى وِلَايَةُ أَخْذِ مَا أَوْدَعَهُ الْعَبْدُ وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعِ الْمَوْلَى مِنْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ لَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مَانِعًا مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْمَالِ وَالْمُضَارِبِ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ الْعَمَلِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ مَانِعٌ مِنَ التَّسْلِيمِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا صَحَّتِ الْمُضَارَبَةُ يَكُونُ الثُّلُثُ لِلْمُضَارِبِ بِالشَّرْطِ وَالثُّلُثَانِ لِلْمَوْلَى؛

قوله: إذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ، فإن كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصح الشرط، ويكون المشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال؛ لأنه تعذَّر تصحيح الشرط للعبد وتعذَّر تصحيحه للمضارب؛ لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان على العبد دين، وعندهما يصح الشرط ويجبُ الوفاء به، وإن كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف.

والوجه الثالث: إذا شرط بعض الربح لمن لا تقبل شهادة المضارب، أو شهادة رب المال له نحو الابن، والمرأة، والمكاتب، ومن أشبهم، فالجوابُ فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الربح للأجنبي.

والوجه الرابع: إذا شرط بعض الربح لقضاء دين المضارب، أو لقضاء دين رب المال فهو جائز، ويكون المشروط للمشروط له قضاء دينه.

وقوله: وَلِعَبْدِ رَبِّ الْمَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ، فيعلم بما ذكرنا أن ذكر عمل العبد خرج على وفاق العادة، لا أن يكون شرطًا مصححًا للجواز، ويجوز أن يكون ذلك للاحتراز عن اشتراط عمل رب المال فإن ذلك شرط مفسد للمضاربة؛ لأنه لا تقع به التخلية بين المضارب والمال، بخلاف اشتراط عمل عبده فإنه ليس بمفسد.

وقوله: فَهُوَ جَائِزٌ، أي: سواء كان على العبد دين أو لم يكن؛ لأن عبد رب المال في حق المضاربة كعبد أجنبي آخر، ألا ترى أن لرب المال أن يدفع ماله إليه مضاربة، فما هو شرط

لِأَنَّ كَسْبَ العَبْدِ لِلْمَوْلَى إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَهُوَ لِلْغُرَمَاءِ. هَذَا إِذَا كَانَ العَاقِدُ هُوَ المَوْلَى، وَلَوْ عَقَدَ العَبْدُ المَأْذُونُ عَقْدَ المُضَارَبَةِ مَعَ أَجْنَبِيٍّ وَشَرَطَ العَمَلَ عَلَى المَوْلَى لا يَصِحُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ لِأَنَّ هَذَا اشْتِرَاطُ العَمَلِ عَلَى المَالِكِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ صَحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ المَوْلَى بِمَنْزِلَةِ الأَجْنَبِيِّ عِنْدَهُ عَلَى مَا عُرِفَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

المضاربة يوجد مع اشتراط عمل عبد رب المال وهو التخلية بين المضارب والمال، بخلاف شرط عمل رب المال فإنه لا يدفع المال إلى نفسه مضاربة؛ وهذا لأن للعبد يدًا معتبرة، وليست يده بيد رب المال فيتحقق خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمل عبده، فإذا ثبتَ هذا في عبده فهو في مكاتبه وأبيه وابنه أظهر، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعِ المَوْلَى مِنْ عَبْدِهِ المَأْذُونِ، أي: إذا كان مديونًا على ما يجيء في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى، وقد مرَّ أيضاً في باب المرابحة والتولية أنه إذا لم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاه شيئاً، أو باع مولاه منه شيئاً فإنه لا يصح، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

تمَّ المجلد الثامن من «النِّهاية في شرح الهداية»، ويتلوه المجلد التاسع، وفي أوله (فصل في العزل والقسمة) من (كتاب المضاربة).

فهرس المحتويات

في المجلَّد الثامن من «النِّهاية في شرح الهداية»

كتابُ الوكالة

كتابُ الدعوى

كتابُ الإقرار

كتابُ الصلح

كتابُ المضاربة

تم الفهرس